

LES PROMESSES DE CONTRAT

AU POINT DE VUE FISCAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 31 mai 1937 à 14 heures

PAR

J.-Charles LEVRET

Président : M. HAMEL, Professeur.

Suffragants { MM. HUGUENEY,
CASSIN. } *Professeurs*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V.)

1937

LES PROMESSES DE CONTRAT
AU POINT DE VUE FISCAL

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LES PROMESSES DE CONTRAT

AU POINT DE VUE FISCAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 31 mai 1937 à 14 heures

PAR

J.-Charles LEVRET

Président : M. HAMEL, Professeur.

Suffragants } MM. HUGUENEY,
CASSIN. } *Professeurs*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1937



A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE ET DE MON PÈRE

A MADAME J.-CHARLES LEVRET

A MA FILLE GENEVIÈVE

MEIS ET AMICIS

ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa.
Art.	Article.
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation.
Cass. civ.	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile.
Cass. Req.	Arrêt de la Cour de cassation, Chambre des requêtes.
C. civ.	Code civil.
C.E.	Code de l'enregistrement (cité d'après la codification du 27 décembre 1934).
Chap.	Chapitre.
Circ.	Circulaire.
Conf.	Conférer.
Cont.	Contrôleur.
D.	Dalloz, <i>Recueil périodique</i> .
D.H.	Dalloz, <i>Recueil hebdomadaire</i> .
Dalloz, N.C. ann. ...	Dalloz, <i>Nouveau code civil annoté</i> .
Délib.	Délibération du Conseil d'administration de l'enregistrement.
D.M.F.	Décision du ministre des Finances.
<i>Gaz. du Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i> .
Inst.	Instruction de la Direction générale.
<i>J.E.</i>	<i>Journal de l'enregistrement et des domaines</i> ¹ .
<i>J. des N.</i>	<i>Journal des notaires</i> ¹ .
<i>J.N.</i>	<i>Journal du Notariat</i> ¹ .
<i>J.O.</i>	<i>Journal officiel</i> .
<i>J.P.</i>	<i>Journal du Palais</i> .
L.	Loi.
Maguéro	<i>Traité alphabétique</i> de MAGUÉRO (cité dans sa 3 ^e édition, sauf indication contraire).
<i>Pand. F. Rép. Alph.</i>	<i>Pandectes Françaises, répertoire alphabétique</i> .
<i>R.E.</i>	<i>Revue de l'enregistrement</i> ¹ .
Refer.	Référence.
<i>Rép. Gal. (Garnier)</i>	<i>Répertoire général de l'enregistrement (Garnier)</i> .
R.M.	Réponse Ministérielle.
R.N.	<i>Revue du Notariat</i> ¹ .
R.P.	<i>Répertoire périodique de l'enregistrement</i> .
S.	Sirey, <i>Recueil d'arrêts</i> .
Sect.	Section.
Sol.	Solution de l'Administration de l'enregistrement.
Suiv.	Suivants.
T.	Tome.
V.	Voir.
V ^o	au mot.

Nota. — Les ouvrages sont indiqués par le nom de l'auteur, les décisions de jurisprudence par le nom de la ville ou du département où réside le tribunal (pour les Cours d'appel, il est précédé de la lettre C, sauf pour la Cour de Paris, qui est indiquée par *Paris*).

1. Le numéro suivant les initiales est le numéro de l'article, il peut être accompagné de l'indication de l'année du périodique.

INTRODUCTION

a) *Choix du sujet*

Lorsque deux ou plusieurs personnes veulent passer entre elles un contrat, il est bien rare qu'elles se mettent immédiatement d'accord sur toutes les clauses et conditions et sur tous les éléments de ce contrat.

Au contraire, et l'on peut dire que c'est ce qui existe toujours, il s'écoule un temps plus ou moins long, depuis la première idée que les futurs contractants ont pu se faire de l'acte qu'ils désirent passer, jusqu'à sa réalisation définitive.

Voilà donc une période, qui peut être très courte, mais qui est souvent très longue, pendant laquelle des intérêts vont s'affronter, des espoirs vont naître, sans qu'il soit possible encore de fixer le lien de droit qui déterminera définitivement les droits et les obligations de chacun.

C'est cette situation préliminaire à la conclusion d'un contrat, que connaissent bien ceux qui ont pour profession d'éclairer et de conseiller les contractants éventuels.

Comme nous le verrons, elle est remplie de difficultés et même de dangers pour tous. En ce qui nous concerne, la pratique des affaires notariales nous a souvent fait réfléchir sur les problèmes qu'elle soulève.

L'un de ceux-ci, et non des moindres, à notre avis, est celui que posent les rapports de l'administration de

l'Enregistrement avec les futurs contractants qui cherchent, tout en réservant leur accord définitif, à poser entre eux quelques liens pouvant leur fournir, pour la suite, les points d'appui nécessaires pour arriver à établir le contrat définitif qui sera le véritable lien de droit.

C'est pourquoi, il nous a semblé qu'il serait intéressant de consacrer cette étude à rechercher ce que sont les promesses de contrat au point de vue fiscal.

Nous verrons, en effet, que les promesses de contrat sont, quant à leurs conséquences, les plus importants parmi les actes que l'on est amené à faire au cours de la période préliminaire dont il vient d'être question.

D'autant plus que les promesses de contrat sont d'une grande utilité économique.

Les auteurs sont nombreux qui ont indiqué cette utilité et qui ont essayé d'en donner les raisons¹.

On connaît le rôle joué par les promesses de vente pour le spéculateur qui exerce son industrie sur l'achat et la vente des terrains, pour le marchand de biens qui cherche un acquéreur et a besoin d'un certain délai pour le trouver. S'il fait des démarches et expose des frais, il est certain, grâce à la promesse de vente qu'il s'est fait consentir, que ce ne sera pas en vain.

Enfin, l'industriel qui crée une affaire pourra, s'il bénéficie d'une promesse de vente de l'immeuble où il s'installe, attendre de connaître le rendement de son affaire pour faire l'avance des frais d'une acquisition.

Intérêt professionnel, intérêt économique, mais aussi intérêt fiscal.

Les promesses de contrat sont, en effet, des actes qui

1. Voir notamment, la thèse de M. Foissin, *Des promesses de vente*.

causent de nombreuses difficultés fiscales. Ces actes sont, en principe, enregistrés au droit fixe de 22 fr. 50, quand les contrats qu'ils préparent doivent payer souvent un droit de mutation très élevé.

Quelle tentation d'essayer de remplacer l'un par l'autre, l'acte par la promesse, de dissimuler ainsi la mutation fortement taxée derrière un acte payant un droit infime.

Et c'est ce qui arrive : les promesses favorisent la fraude ; soit au moment de leur formation, car elles peuvent servir à dissimuler un contrat ; soit au moment de leur réalisation qui peut passer inaperçue aux yeux du fisc.

Inversement, d'ailleurs, il arrivera qu'un acte contenant promesse de contrat, passé de bonne foi entre les parties, soit, par suite de certaines circonstances, suspecté par l'Administration. Croyant y reconnaître une simulation, elle le taxera comme le contrat lui-même et exigera le paiement immédiat du droit proportionnel.

C'est un danger qu'il serait intéressant de pouvoir éviter.

Enfin, nous espérons trouver dans notre sujet un intérêt scientifique. Nous ne croyons pas qu'une étude d'ensemble des promesses de contrat ait déjà été faite, tout au moins au point de vue fiscal. Nous pensons que la synthèse de tout ce qui a trait à ces actes nous permettra, pour plusieurs points, de pouvoir passer du particulier au général, et de voir jouer, en même temps que les règles de notre droit civil, les principes fondamentaux qui régissent l'Enregistrement.

b) *Les promesses et les conventions préliminaires
à la conclusion des contrats*

Pour nous permettre de situer les promesses de contrat à la place qu'elles doivent occuper dans notre Droit et d'apprécier leur importance fiscale, il est nécessaire de rappeler succinctement ici, les notions de droit civil concernant deux actes juridiques de même essence, voisins par leur nature, et qui sont ordinairement employés par les parties avant de passer un contrat. Il s'agit de la pollicitation et de la promesse, deux actes dans lesquels nous allons trouver une manifestation de volonté pouvant être créatrice d'obligation.

C'est évidemment l'élément essentiel, peut-on dire, de ces actes, l'élément par lequel ils se distinguent du simple projet de contrat.

Dans le projet, personne ne s'oblige, des paroles sont prononcées, un écrit peut être rédigé, mais chacun garde son entière liberté d'action.

Il est bien évident qu'au point de vue fiscal un tel projet ne peut créer de difficulté : pas d'obligation, à plus forte raison pas de mutation de droit réel ou de jouissance.

En ce qui concerne ces projets, il nous semble suffisant de leur consacrer ces quelques lignes pour passer immédiatement aux actes qui nous rapprochent de l'objet de notre étude, et qui vont former une sorte de hiérarchie dont le projet constituerait le dernier échelon ¹.

Et voici, d'abord, l'offre de contracter faite à une personne déterminée.

1. Nous croyons nécessaire de rappeler que nous ne présentons le tableau que dans ses grandes lignes, sans entrer dans les controverses, notre but n'étant actuellement que de situer les promesses et notre sujet ; plus de détails ne pourraient que nuire à la clarté de notre exposé, sans aucune utilité.

Une personne désire vendre un immeuble, elle en fait part à un acquéreur éventuel, elle fait une offre de vente.

Si l'autre partie refuse, aucun contrat ne vient se former : pas d'acceptation, pas de vente.

Chacun a repris sa liberté un instant engagée, l'offre est retirée. L'offre peut toujours être refusée par l'un, retirée par l'autre. Il ne subsiste aucune obligation.

Supposons que, dans l'hypothèse précédente, l'offre de vente n'étant pas acceptée, n'ait pas été retirée, qu'arrivera-t-il ? Nous aurons une pollicitation à personne déterminée.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que l'offre est, dans ce cas, réputée subsister indéfiniment et que l'acceptation peut toujours utilement intervenir. (Dalloz, *N.C. Ann.*, art. 1109, N° 74 ; Planiol, II, N° 977).

Voici une manifestation unilatérale de volonté qui crée pour l'avenir un droit et une obligation, bien fragiles il est vrai, mais qui n'en existent pas moins.

Nous avons supposé que l'offre de contracter était faite à un acheteur éventuel, mais connu du futur vendeur.

Cela n'est pas nécessaire, elle peut être faite au public, dans l'intention de permettre précisément à l'amateur éventuel de se faire connaître, c'est alors la pollicitation faite au public.

La pollicitation est donc une offre non acceptée, elle peut être rétractée tant que l'acceptation n'est pas intervenue¹. C'est une manifestation unilatérale de

1. Sous réserve des délais stipulés par le pollicitant ou accordés par la jurisprudence, dont nous ne ferons pas état ici, la question n'ayant pas grand intérêt pour notre sujet, comme nous le verrons par la suite. V. Planiol, II, N° 977 et suiv. et N° 1.401.

volonté; elle ne constitue donc pas un contrat et, à notre point de vue fiscal, ne saurait donner ouverture à un droit proportionnel de mutation¹. (Cassation 16 mai 1849, Laurent, S., 49-1-526, D., 49-1-163, *J.E.*, 14.742; Délib., 22 septembre 1821, *J. des N.*, 3.987).

Supposons maintenant que le pollicitant ait trouvé une contre partie et que, sans vouloir s'engager à réaliser de suite le contrat, cette autre personne ait déclaré prendre acte de l'offre faite.

Nous gravissons encore un échelon et nous arrivons à la promesse de contrat.

En examinant de plus près, en analysant cette nouvelle situation juridique, nous voyons apparaître un élément nouveau :

L'auteur de l'offre n'exige plus une réponse immédiate, bien au contraire, il fait une double proposition :

1^o il fait une offre de contracter à des conditions fixées;

2^o il accorde à son partenaire un délai pour consentir à passer le contrat et il s'oblige à maintenir cette offre pendant le délai fixé.

Le sollicité peut adopter plusieurs attitudes :

1^o il peut opposer un refus pur et simple : dans ce cas l'offre ne produira jamais aucun effet. (*Pand. F. Rep. Alph.*; vente, N^o 276).

2^o il peut rester dans l'expectative, il ne refuse ni n'accepte la faculté de contracter qu'on lui propose. Il y a alors simple pollicitation de promesse de contracter, qui pourra être acceptée ultérieurement, à condition que la proposition n'ait pas été retirée ou ne soit pas devenue caduque;

1. Maguéro, V^o « Vente d'immeubles », N^{os} 268 et 269. (Sauf indication contraire les citations sont faites d'après la 3^e édit. du *Traité alphabétique*).

3^o enfin, il peut accepter l'offre faite dans les conditions que nous avons indiquées : il y a alors manifestation bilatérale de volonté et formation de la convention de promesse de contrat.

Dans ce cas, la promesse est unilatérale. Il y aura, par exemple, promesse unilatérale de vente si « une personne s'engage à vendre à l'autre partie une chose sans que celle-ci consente immédiatement à l'acheter » (Planiol, II, N^o 1398).

Si, au contraire, en contre partie de la promesse de vente vient se placer une promesse d'acquérir, ou encore le consentement de la partie adverse d'acheter immédiatement, la promesse devient synallagmatique.

Le contrat est réalisé, la vente est alors parfaite, c'est bien le sommet de la hiérarchie.

Au point de vue de l'Enregistrement, les manifestations unilatérales de volonté ne pouvant jamais entraîner une mutation de droits et, par suite, la perception d'un droit proportionnel, ne peuvent soulever de grandes difficultés.

Bien au contraire, les manifestations bilatérales de volonté, comme les promesses de contrat, présentent un incontestable intérêt.

Notre intention n'étant que de rappeler brièvement des notions qui se trouvent dans de nombreux ouvrages, nous nous garderons d'insister davantage.

Il nous paraît cependant indispensable de mentionner la théorie des avant-contrats, d'autant plus que nous aurons ainsi l'occasion de préciser la nature juridique des promesses.

L'avant-contrat est un accord préliminaire à un contrat et qui est destiné à faciliter sa conclusion. Nous voyons

que les promesses de contrat viennent immédiatement se placer dans le cadre de cette définition.

Dans la promesse de vente, par exemple, il y a une offre de vente par le propriétaire dont le bénéficiaire prend acte. Il y a accord sur l'offre elle-même, sur les conditions dans lesquelles elle va être maintenue.

Il y a un accord de volontés : celui qui fait une offre émet une volonté, celui qui reçoit l'offre donne acte de cette offre et admet les conditions dans lesquelles cette offre est faite.

C'est un contrat préparatoire, un avant-contrat. La promesse de contrat est donc « un accord de volonté » préparatoire par lequel une des parties, le pollicitant « s'engage éventuellement et l'autre partie se contente « de prendre acte de cet engagement éventuel, sans elle-même manifester encore son acceptation ». (M. Rouast, *Cours de la Faculté*).

c) *Délimitation du sujet*

Le but de ce travail est de faire l'étude en droit positif des promesses de contrat, au point de vue fiscal.

Nous ne reprendrons donc pas la question des promesses en droit civil et nous ne ferons pas l'exposé détaillé des controverses doctrinales et des questions purement théoriques.

D'autres avant nous ont examiné d'une façon à peu près complète les origines historiques, discuté la validité et précisé les effets de notre contrat¹. La doctrine et la jurisprudence sont à peu près fixées et leurs décisions ne se discutent plus. Nous voulons tout simplement

1. Voir les ouvrages généraux et les thèses cités à la bibliographie.

rechercher et préciser quel sort a été fait, dans les lois fiscales et dans la jurisprudence, aux promesses de contracter.

Dans le temps, c'est évidemment la période contemporaine qui sera pour nous la plus intéressante.

Dans notre ancien droit, la promesse de vente d'immeubles était la seule qui fut employée et eut quelque importance. C'est dans le cours du *xix^e* siècle que l'importance des promesses a augmenté, en même temps que le commerce et l'industrie se développaient, en même temps aussi que les droits proportionnels de mutation augmentaient.

Et c'est surtout depuis la fin de la Grande Guerre qu'elles ont pris, pour les mêmes raisons, une importance toute particulière; et c'est surtout depuis cette époque que notre sujet prend, au point de vue fiscal, un très grand intérêt.

Nous voyons, en effet, se répandre des contrats dont l'utilisation était alors presque inconnue; pour les meubles: la location vente, la vente à tempérament; pour les fonds de commerce: les gérances-ventes; pour les immeubles aussi, grâce au développement des lotissements: les baux avec promesses de vente deviennent d'un usage très fréquent.

D'ailleurs, la statistique, si l'on peut dire, fournie par les recueils de jurisprudence, confirme bien ces prévisions. C'est depuis une quinzaine d'années que les espèces concernant notre sujet se trouvent le plus fréquemment évoquées devant les tribunaux.

Nous avons donc l'intention de faire de la question, une mise au point, dans notre droit positif le plus récent.

d) *Plan et divisions de cette étude*

Cette étude sera divisée en deux parties :

Dans la Première Partie, nous nous proposons d'étudier la promesse en elle-même, au point de vue de la perception des droits d'enregistrement :

perception des droits au moment de la *formation* de la promesse ;

perception des droits au moment de sa *réalisation* ¹.

La Deuxième Partie sera consacrée à l'exposé de diverses questions se rapportant à l'étude des promesses de contrat. Elle sera divisée en trois titres :

dans le titre premier, nous nous occuperons des contestations qui peuvent s'élever entre les parties et la Régie sur la qualification des promesses de contracter ;

dans le titre II, nous traiterons de la transmission des promesses au point de vue fiscal ;

dans le titre III, enfin, nous aurons l'occasion d'examiner, au point de vue fiscal, l'effet de la promesse sur quelques contrats accessoires, comme l'hypothèque et le cautionnement, et la répercussion des promesses de contracter sur quelques-uns des impôts annexes aux droits d'enregistrement :

impôt du timbre,

impôt sur les intérêts du dépôt de garantie d'une promesse,

enfin, droit de transcription.

1. Le terme de *réalisation* se trouve employé dans les ouvrages traitant des questions d'enregistrement (*Traité alphabétique*, *Revue de l'enregistrement*, etc...), nous l'adopterons donc. Il nous paraît commode pour indiquer l'instant où l'avant-contrat, disparaissant, fait place au contrat qu'il avait pour rôle de préparer.

Nous opposerons à ce terme celui de *formation*, employé aussi dans le *Traité alphabétique*.

Il indiquera l'instant où les conditions nécessaires se trouvant réunies la promesse, elle-même, prend naissance.

Si nous considérons l'évolution normale, dans le temps, de la convention de promesse de contrat, nous pourrons ainsi en indiquer facilement les deux phases principales, à notre point de vue.

PREMIERE PARTIE

ÉTUDE DE LA PROMESSE DE CONTRAT

Dans cette première partie, nous nous proposons d'étudier la promesse de contrat en elle-même, au point de vue de la perception des droits d'enregistrement. Nous supposerons que l'acte présenté à la formalité contient bien une promesse de contrat, et qu'il n'y a pas possibilité de contestation à ce sujet.

Dans un chapitre préliminaire, nous exposerons, sous forme de considérations générales, tout ce qui concerne les promesses de contrat en général, et nous rechercherons les sources de notre travail.

Dans les titres I et II, nous étudierons en particulier les diverses promesses que l'on rencontre dans la pratique.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE
CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES. LES SOURCES

Nous diviserons ce chapitre préliminaire en deux sections.

Dans la section I, nous grouperons ce qui concerne le droit civil.

Dans la section II, ce qui concerne le droit fiscal.

SECTION I
LE DROIT CIVIL

a) *Les textes.*

Les impôts d'enregistrement sont perçus d'après la nature juridique des faits et actes qu'il s'agit de taxer. Cette nature juridique c'est dans le droit civil qu'il faut le rechercher et l'étudier ; on a pu dire que le « droit civil domine le droit de l'enregistrement » (M. Cassin, *Cours de la Faculté*). C'est une vérité qui se trouve vérifiée en notre matière.

Avant d'aborder l'étude fiscale des promesses de contrat, nous allons donc rechercher rapidement ce qu'enseigne, à leur sujet, le droit civil ; et d'abord que trouverons-nous dans le Code civil et dans nos lois ?

Dans le Code, deux courts articles :

L'article 1589, ainsi conçu :

« La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a
« consentement réciproque des deux parties sur la chose
« et sur le prix.

(L. 30 juillet 1930). « Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain.

« La date de la convention, même régularisée ultérieurement, sera celle du versement du premier acompte ».

Et l'article 1590 : « Si la promesse de vente a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

Dans nos lois, seule la loi du 30 juillet 1930 qui a été incorporée à l'article 1589, ainsi que nous l'avons fait ressortir dans le texte rapporté plus haut, se rapporte aux promesses de vente.

En dehors de ces maigres textes, il n'y a plus rien.

Remarquons immédiatement que le début de l'article 1589 concerne la promesse de vente : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».

Nous le retrouverons donc plus tard, à propos de l'étude de la promesse de vente.

Nous retrouverons, de même, la fin de l'article, due à la loi du 30 juillet 1930, lorsque nous aborderons l'étude de cette exception au droit commun, à propos de la promesse de vente.

Quant à l'article 1590, il concerne les arrhes. C'est donc lorsque nous nous occuperons de cette question que nous aurons à en faire état (voir plus loin, II^e Partie, titre I, chap. II, section II).

Pas de texte général donc, uniquement des dispositions concernant la promesse de vente.

Après avoir constaté le laconisme de notre législateur sur la question des promesses, nous nous voyons obligés de rechercher ailleurs que dans nos lois les renseignements dont nous avons besoin.

b) *La jurisprudence. La doctrine.*

Nous porterons d'abord nos recherches sur la jurisprudence et nous consulterons l'opinion des auteurs, étant indispensable de connaître la doctrine, pour la suivre ou pour la discuter si nous voulons faire de notre sujet une étude scientifique. Mais il s'agira, encore là, de cas d'espèce ou d'études particulières, que nous signalerons au fur et à mesure de nos besoins, au cours de notre travail.

SECTION II

LE DROIT FISCAL

La loi fiscale n'a fixé dans aucune de ses dispositions le mode de taxation des promesses et de leur acceptation¹.

D'après le grand principe de la subordination du droit fiscal au droit civil, ces conventions seront passibles des droits d'enregistrement d'après le caractère qu'elles présentent en droit civil.

C'est donc le droit commun qui s'appliquera en notre matière, sauf l'exception créée par la loi du 30 juillet 1930 concernant la promesse de vente d'immeuble, qui sera

1. *R.E.*, 1932, 9.590. — Ceci est vrai en général. Nous trouverons par la suite les articles 98, 159, 236 du C.E. concernant les marchands de biens et l'article 369 du C.E. concernant l'ouverture de crédit, mais ils concernent des cas particuliers, nous en reparlerons plus loin. (V. *infra*, titre II, et Deuxième Partie, titre I, chap. I, sect. I, A).

étudiée dans la section II du chapitre I du titre I de la première Partie.

Nous verrons dans la suite de cette étude comment cette application est faite dans la pratique.

Il y aura toujours lieu de se placer à deux moments différents : celui de la formation de la promesse et celui de sa réalisation.

Il semble à première vue qu'au moment de la réalisation, le contrat étant formé, la promesse disparaissant, l'étude que nous ferons sorte des limites de notre sujet. Ce n'est pas tout à fait exact, car à ce moment surgissent des difficultés sur le point de savoir s'il y a, ou non, réalisation.

Après avoir examiné en général l'état de notre droit fiscal concernant les promesses de contrat, nous consacrerons les titres I et II à l'étude particulière des diverses promesses.

Si l'on considère les diverses sortes de contrat auxquels elles sont susceptibles de s'appliquer, on constate que :

« La promesse ¹ de contracter ne présente pas toujours
« des caractères identiques dans toutes les hypothèses.
« Elle réalise, certes, dans tous les cas l'accord de volonté
« des parties sur les différents points du futur contrat
« et n'engage qu'une seule partie.

« Et là où ces conditions suffisent à la validité du
« contrat, comme dans le *mandat* et le *cautionnement*, la
« promesse ne se distinguera pas du contrat lui-même.

« Partout ailleurs, au contraire, elle s'en différencie :
« dans les *contrats synallagmatiques*, par le défaut de
« réciprocité d'engagements, condition nécessaire,
« d'après la définition même de ces contrats ; dans les

1. Deschamps, thèse, p. 57.

« contrats unilatéraux autres que le mandat et le cautionnement, elle réalise seulement l'accord de volontés et l'engagement unilatéral, tandis que le contrat ne devient parfait que par l'accomplissement d'une tradition dans les contrats réels : *dépôt, gage et prêt*; ou grâce à la passation d'un acte authentique dans *l'hypothèque et la donation* ».

Ayant pour but de faire une étude de droit positif, nous n'examinerons que les promesses de contrat ayant une importance pratique, soit qu'elles soient visées par notre loi fiscale, soit qu'elles aient été l'objet de décisions de jurisprudence.

Quant aux autres, il serait facile, s'il en était besoin, de trouver les solutions des problèmes qui pourraient se poser à leur égard en procédant par analogie, d'après la classification qui précède.

Pour chacun des contrats que nous examinerons, nous nous placerons toujours aux deux moments dont nous avons déjà parlé : celui de la formation de la promesse et celui de la réalisation de la promesse.

Dans le titre I, nous étudierons les promesses de contrat ne constituant que des obligations de faire, et nous verrons qu'au moment de leur formation elles sont toutes soumises au droit fixe. Nous y trouverons les promesses de contrats synallagmatiques.

Dans le titre II, notre étude portera sur une promesse concernant un contrat réel unilatéral, la promesse de prêt, autrement dit l'ouverture de crédit. Nous verrons qu'elle se trouve soumise à un régime fiscal particulier.

TITRE PREMIER

PROMESSES NE CONSTITUANT QUE DES OBLIGATIONS DE FAIRE

Ce premier titre sera divisé en trois chapitres, qui seront consacrés :

- le chapitre I : à la promesse de vente,
à la promesse d'achat,
et à la promesse d'échange,
- le chapitre II : à la promesse de bail,
- le chapitre III : à la promesse de société.

CHAPITRE PREMIER

PROMESSE DE VENTE. PROMESSE D'ACHAT. PROMESSE D'ÉCHANGE

Nous commencerons cette étude des diverses promesses par la promesse de vente.

C'est en effet la plus importante par la fréquence de son emploi dans la pratique des affaires.

Signalons, dès maintenant, un terme qui se rencontre assez souvent dans la rédaction des contrats et qui, pour beaucoup, caractérise la convention qui nous occupe. C'est le terme d' « *option* ».

Nous trouvons dans le *Traité pratique* de MM. Planiol

et Ripert¹, une définition que nous ne voulons pas omettre de rapporter en tête de ce paragraphe :

« Une des parties promet de vendre sans que l'autre
« partie se soit engagée à acheter, le propriétaire consent
« une *option* d'achat sur une chose lui appartenant.

« Un contrat s'est formé puisque l'engagement de la
« partie obligée a été acceptée par l'autre partie qui en
« devient créancière, mais le contrat reste unilatéral
« puisqu'il ne crée d'obligation qu'à la charge d'une
« seule partie contractante ».

Nous diviserons ce chapitre premier en deux sections concernant :

La Section I. — Les contrats soumis au droit commun des promesses de vente ; nous examinerons successivement, en autant de paragraphes :

§ 1. la promesse de vente d'immeubles ;

§ 2. la promesse de vente de meubles ;

§ 3. la promesse d'achat ;

§ 4. la promesse d'échange.

La Section II. — Une étude spéciale de l'exception au droit commun constituée par la loi du 30 juillet 1930.

SECTION I

LE DROIT COMMUN DES PROMESSES DE VENTE

§ 1. *La promesse de vente d'immeubles*

Les auteurs et la jurisprudence reconnaissent l'existence de deux espèces de promesses de vente :

les promesses synallagmatiques,
et les promesses unilatérales.

1. « Promesse de vente », p. 183.

Au cours de notre introduction, nous avons déjà défini la promesse¹. Rappelons que dans la promesse unilatérale, l'une des parties, le promettant, est seule obligée, le bénéficiaire ayant seulement donné acte de l'offre qui lui était faite, mais sans consentir immédiatement à l'accepter.

Dans la promesse synallagmatique, l'offre du promettant trouve une contre-partie dans l'acceptation du bénéficiaire. Le contrat, réunissant alors toutes les conditions nécessaires, se trouve formé.

A. — *La promesse synallagmatique de vente.*

Il semble qu'il ne devrait pas y avoir d'équivoque quant aux effets de la promesse synallagmatique. C'est un contrat produisant tous ses effets habituels, si bien qu'on a pu dire qu'une promesse synallagmatique de vente était « une vente dans laquelle les parties ont employé une terminologie défectueuse » (Colin et Capitant, II, p. 428).

Pourtant, certains auteurs soutiennent qu'elle n'est que génératrice d'obligation de faire².

Disons immédiatement qu'ils ont contre eux la majorité de la doctrine et la jurisprudence³.

Au point de vue fiscal⁴, il peut être intéressant de rappeler que Championnière et Rigaud, dans leur *Traité des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèque*

1. *Supra*, p. 7.

2. Toullé, IX, 92 ; Marcadé, article 1.589, N^{os} 5 et 6 ; Troplong, I, 130 ; Planiol, II, N^o 1.400.

3. C. Bastia, 28 juin 1849, S., 50-2-257, D., 49-2-124, *J.P.*, 49-2-580 ; Cass. Req., 2 mai 1827, S., 27-1-413 ; Cass. Req., 12 juin 1854, S., 55-1-60 ; Cass., 26 mai 1908, *Gaz. Pal.*, 1908-2-168 ; Cambrai, 4 février 1909, *Gaz. Pal.*, 1909-1-538 ; Aubry et Rau, 5^e édit., V, § 349, note 7 ; Colmet de Santerre, VII, N^o 10 *bis*, II ; Duranton, XVI, 51 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, « De la Vente », N^o 60 ; Naquet, 2^e édit., I, 243.

4. Ravoire, thèse, p. 35.

(t. III, Nos 1.576 et suiv.), ont essayé de faire revivre la distinction que faisaient nos anciens Docteurs et notamment Dumoulin, entre la promesse « *in futurum* » dans laquelle on s'obligeait à vendre ultérieurement, et la promesse « *in praesenti* » dans laquelle on stipulait dès à présent, et qui était seule, d'après eux, translatrice de propriété.

Ils frappaient donc la première du droit fixe comme acte innomé, non translatif, et la seconde du droit de mutation.

Leur doctrine n'a jamais triomphé en jurisprudence et l'Administration de l'enregistrement s'est toujours refusée à l'admettre, comme contraire à l'article 1589 du Code civil. C'est ici que cet article trouve son application.

Donc, la promesse synallagmatique de vente vaut vente et le droit proportionnel est immédiatement exigible¹.

Il s'ensuit qu'en cas de cession d'une telle promesse de vente, le droit de mutation immobilière sera perçu sur le prix de cession.

De même, en cas d'inexécution ou résolution de la promesse « si même les parties résilient ultérieurement la « vente, ce résiliement constituera une revente passible « d'un nouveau droit proportionnel » (Naquet, 2^e édition, I, 243); à moins, cependant, qu'il ne s'agisse d'un résiliement pur et simple, fait par acte authentique dans les 24 heures de l'acte résilié (Loi 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, N^o 40; art. 327, N^o 58, C.E.). Mais il y aura lieu dans ce cas à la perception du droit de transcription, car :

1^o l'acte de résiliement doit être transcrit,

1. Saint-Yriex, 21 avril 1863, *J.E.*, 17.730, *R.P.*, 1.804.

2° il n'existe pas de texte concernant le droit de transcription établi par l'article 52 de la loi du 28 avril 1816.

De même, en cas de renonciation : il y a nouvelle mutation et le droit proportionnel est dû¹.

Nous pouvons donc, dès maintenant, nous rendre compte que l'étude fiscale des promesses synallagmatiques se confond avec l'étude fiscale des contrats, cette étude sortirait de notre sujet.

C'est pourquoi nous abandonnerons les promesses synallagmatiques, sauf cependant à les retrouver un instant à propos de la promesse de société (I^{re} Partie, titre II, chapitre III), et lorsque nous étudierons, au chapitre II du titre I de la II^e Partie, les modalités pouvant influencer sur la perception des droits d'enregistrement, à propos des contestations sur la qualification des promesses.

B. — *La promesse unilatérale.*

Nous avons vu plus haut² qu'elle constituait un contrat unilatéral d'une nature spéciale, un avant contrat, destiné à préparer la conclusion d'un contrat synallagmatique.

C'est bien cette promesse unilatérale qui fera l'objet de nos recherches.

a) FORMATION DE LA PROMESSE UNILATÉRALE. — Nous avons défini la pollicitation et nous avons vu que c'était une offre sans contre-partie. La promesse unilatérale se forme par l'acceptation qui est faite de cette offre par le bénéficiaire.

1. Saint-Yriex, 21 avril 1863, *J.E.*, 17.730 ; Cass., 12 juin 1854, *J.E.*, 15.851, S., 50-1-290 ; Demante, t. I, N° 127 ; Naquet, t. I, N° 309 ; Garnier, *Rép. Gal*, V° « Vente », N° 143, 7^e édit.

2. *Supra*, p. 8.

C'est donc l'acceptation qui transforme la pollicitation en promesse de vente¹.

Cette acceptation d'ailleurs n'a pas besoin d'être expresse, elle peut s'induire des circonstances, elle peut être tacite².

Quant aux conditions d'existence et de validité des promesses unilatérales, nous passerons sur tout ce qui peut concerner le consentement, la forme, et la capacité des parties. L'Enregistrement n'étant pas juge de la validité des actes qui lui sont présentés.

Mais nous mentionnerons spécialement ce que nous considérons comme la condition essentielle, l'élément nouveau et caractéristique de notre convention, c'est-à-dire l'obligation pour les parties de convenir d'un délai pendant lequel le promettant a l'obligation de maintenir l'offre qu'il a faite.

Si nous prenons comme exemple la promesse de vente, nous y trouvons comme dans la vente détermination des deux éléments : « *res et pretium* », mais nous ne trouvons pas le « *consensus* ».

Nous trouvons en plus la fixation d'un délai pendant lequel le promettant a l'obligation de maintenir l'offre de contracter qu'il a faite, et le stipulant a la faculté de donner son acceptation.

C'est seulement, alors, que nous aurons le *consensus*, donc la perfection de notre contrat.

Il importe d'ailleurs de ne pas confondre l'acceptation de l'offre qui crée le contrat appelé promesse unilatérale

1. V. Cass., 12 juillet 1847, S., 48-1-181.

2. Ainsi la réception et la garde de l'acte sous seings privés contenant promesse, car le stipulant a la faculté de s'en servir (Laurent, XXIV, N° 9 ; Cour de Liège, 22-2-1842, *Pasicrisie belge*, 1849-2-169) ; *Pand. F. Rép. alph.* « Vente », 272.

où une seule des parties, le promettant, est engagée, avec l'acceptation postérieure de cette promesse en vue de la réalisation.

Nous appellerons cette seconde acceptation la réalisation de la promesse, elle a pour effet de rendre le contrat synallagmatique : les deux parties se trouvant alors obligées.

Dans notre Code civil, il n'est pas question expressément des promesses unilatérales, mais leur validité n'est pas contestable¹.

Il serait superflu, pensons-nous, de rapporter ici la liste des auteurs qui depuis Pothier sont de cet avis et les très nombreuses décisions de jurisprudence rendues dans ce sens. Elles se trouvent dans tous les traités².

Si nous examinons rapidement quels sont les effets de la promesse unilatérale, nous trouvons qu'elle produit :

1) avant la demande de réalisation : du côté du bénéficiaire, une créance « *jus ad rem obtinendam* » ; du côté du promettant, une obligation qui est celle de maintenir l'offre jusqu'à l'expiration du délai fixé, le promettant ne pouvant disposer de la chose promise sous peine de dommages-intérêts ;

2) après l'acceptation par le stipulant, la perfection du contrat par l'accord des volontés. Il est parfait du jour de l'acceptation, sans aucune rétroactivité³, et nous retrouvons la promesse synallagmatique dont il a été précédemment question.

Délai pour enregistrer. — Pour examiner la question

1. Sous réserve toujours de la controverse sur l'article 1589, mais qui n'a aucune conséquence en droit fiscal.

2. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 23.

3. Voir jurisprudence de la Cour de cass. citée plus loin : « Réalisation de la promesse », p. 33, note 2.

du délai pour enregistrer la promesse unilatérale de vente d'immeubles, nous distinguerons le cas où elle a été faite par acte sous seings privés et celui où elle a été faite par acte authentique.

Premier cas : Actes sous seings privés. — [Dans ce cas nous n'aurons pas de délai de rigueur pour faire enregistrer la promesse de vente unilatérale, car elle ne produit pas de mutation de propriété ou de jouissance de biens immeubles (art. 22, loi du 22 frimaire an VII) et elle n'est pas une convention synallagmatique¹ (voir *supra*) (art. 12, loi du 29 juin 1918). En général, la formalité est donc facultative. L'enregistrement ne s'imposera que si l'on doit faire de l'acte « usage par acte « public, soit en justice ou devant toute autre autorité « constituée » (art. 23, loi de frimaire).

Cependant en ce qui concerne les marchands de biens, l'article 98 du Code de l'enregistrement (Loi du 13 juillet 1925, art. 39, al. 5 et 6) dispose que : « Tous les « mandats, promesses de vente, actes translatifs de « propriété et d'une manière générale, tous actes se « rattachant à la profession d'intermédiaire pour l'achat « et la vente d'immeubles ou de fonds de commerce, etc... « sont assujettis à l'enregistrement dans le délai de « dix jours de leur date ; il n'est pas dérogé aux dis- « positions de l'article 74 pour le cas où ces actes « auraient été rédigés par actes publics, etc... ».

C'est là une précaution prise par le fisc contre la fraude résultant, souvent, de l'emploi des promesses de vente².

1. La promesse unilatérale n'est pas une vente sous condition suspensive. C'est le système admis par la jurisprudence (Cass., 5 février 1889, S., 89-1-307 et nombreux arrêts antérieurs) ; Wahl, p. 196.

2. Voir *infra*, Deuxième Partie, titre I, chap. I, sect. I, A.

Deuxième cas : Acte notarié. — Si la promesse a fait l'objet d'un acte notarié, elle devra, selon les dispositions de l'article 20 de la loi de frimaire, être obligatoirement enregistrée,

dans les dix jours, si le notaire « réside dans la
« commune où le bureau de l'Enregistrement est établi »,
dans les quinze jours, dans le cas contraire (C.E.
art. 74).

Nature et montant du droit. — D'après l'article 2 de la loi de frimaire : « Les droits d'enregistrement sont fixes ou
« proportionnels suivant la nature des actes et mutations
« qui y sont assujettis.

« Le droit proportionnel (ajoute l'art. 4) est établi
« pour les obligations, libérations, condamnations,
« collocations ou liquidations de sommes et valeurs, et
« pour toute transmission de propriété d'usufruit ou de
« jouissance de biens, meubles et immeubles, soit entre
« vifs, soit par décès ».

D'après ce que nous avons vu précédemment sur la nature et les effets de la promesse de vente, celle-ci ne donne pas lieu à la perception du droit proportionnel de mutation. C'est d'ailleurs ce que la Régie a reconnu depuis longtemps (Décision du Ministre des Finances du 6 juin 1815 et délibération du Conseil d'administration de l'enregistrement du 26 août 1828 — Dalloz, *Répertoire alphabétique*, V^o Enregistrement, N^o 2.338).

Cependant, cette convention fait naître à la charge du promettant une obligation, et au profit du bénéficiaire une créance.

Cette expectative constitue pour le stipulant un droit dont il pourra disposer au profit d'un cessionnaire, moyennant un prix d'argent.

On a pu se demander si la création d'un pareil droit pourrait servir d'assiette au droit proportionnel.

La réponse est négative parce que la valeur de ce droit est trop incertaine. Tel est l'avis de la Régie.

Nous ne croyons pouvoir mieux faire que de citer, à ce sujet, un passage d'un mémoire présenté à la Cour de cassation par l'Administration de l'enregistrement avant l'arrêt du 5 février 1889¹.

« La première condition de l'exigibilité d'un droit proportionnel c'est l'existence d'une valeur transmise.

« Or l'expectative ne présente pas toujours, au moment où elle naît, une valeur suffisamment appréciable pour baser la perception de l'impôt.

« Dans maintes circonstances, le droit d'espérer ne prend une consistance qu'au moment de la réalisation.

« Jusqu'à cette époque, la position du créancier n'est pas meilleure que s'il n'avait pas obtenu de promesse, il chercherait vainement à en faire l'objet d'une spéculation. Exiger en une telle hypothèse que les parties fixent la valeur commerciale du droit concédé, c'est demander l'impossible. On n'y peut arriver qu'en poussant l'argumentation à outrance et sans tenir compte des réalités dont le législateur fiscal a fait la base des réalisations.

« On comprend donc très bien que, malgré l'existence certaine du droit conféré au créancier, l'Administration écarte l'application du tarif proportionnel, quand sa création ou sa transmission ultérieure est faite sans prix ou sans intention manifeste de libéralité.

« L'expectative est réputée sans valeur puisque les parties ne lui en attribuent aucune.

1. Voir note 1, p. 26. *J.E.*, 1889, 23.171, S., 89-1-307.

« Si l'Administration veut percevoir le droit proportionnel qu'elle établisse au moins le contraire ».

Par contre, il est bien évident que si, plus tard, la promesse de vente vient à acquérir une valeur intrinsèque, rendue appréciable, notamment par l'indication d'un prix dans une cession, sa transmission entre vifs ou par décès donnera ouverture au droit proportionnel de mutation¹. C'est une question que nous retrouverons plus tard, lorsque nous étudierons les transmissions de promesse de vente dans notre deuxième Partie. Donc pas de mutation de propriété². Le droit fixe est seul exigible. Tous les systèmes arrivent au même résultat, conclut à ce sujet M. Ravoire dans sa thèse, après avoir étudié en détail les diverses théories émises, en droit civil, au sujet de la nature des promesses unilatérales de vente³.

Nous trouvons sur cette question l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence⁴.

Signalons que certains théoriciens ont essayé d'expliquer par une raison d'équité la perception du droit fixe. On a dit, en effet, qu'il serait rigoureux, la condition pouvant défaillir, de percevoir sur la promesse unilatérale un droit proportionnel, car l'Administration se base sur l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII pour ne jamais restituer le droit légalement perçu. Il semble

1. Réponse ministérielle, *J.O.*, 3 décembre 1925, *D. Parl. ch. p.* 3.980 ; *J. des N.*, 1926, N° 34.671.

2. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », chap. V, N° 265.

3. Ravoire, thèse, p. 98.

4. Art. 68, § 1, N° 51 (Loi de frimaire, an VII) ; Championnière et Rigaud, t. III, N°s 1.748, 1.749 et suiv. ; Demante, t. I (p. 128 et 174) ; Naquet, t. I (p. 244, 321) ; *Rép. Gal.* (Garnier), t. VI, V° « Vente », N° 128 ; *Dict. des rédacteurs*, V° « Vente », 897 ; Dalloz, *Répertoire périodique*, 2.831 ; S., 69-1-181 ; D., 69-1-295 ; Délib. du 5 octobre 1821 (Contrôleur N° 291) ; Délib. du 26 août 1828 (Contrôleur N° 655) ; Le Mans, 21 avril 1859 (*J.E.*, 16.947) ; Cass., 13 janvier 1869 (*J.E.*, 18.660, *R.N.*, N° 2.325), D., 69.1-295 ; Senlis, 4 mai 1875, (*J.E.*, 20.538 ; *J.N.*, 21.366).

Maguéro, V° « Vente d'immeubles », chap. V, N° 265-A.

bien inutile de faire intervenir un tel argument, la perception du droit fixe s'expliquant par l'application pure et simple de la loi fiscale ainsi que nous l'avons vu. Tout au plus, pourrait-on se féliciter de constater que les dispositions de la loi fiscale coïncident avec la sauvegarde des intérêts du redevable.

Le principe du droit fixe étant admis, quel sera le montant de ce droit ?

La loi n'a prévu nulle part un tarif spécial pour les promesses unilatérales de vente (Voir *supra*, chap. préliminaire, section II). Il y a donc lieu de se reporter à l'article 68, paragraphe 1, N° 51 de la loi de frimaire qui assujettit au droit fixe de 1 franc, « généralement tous
« les actes civils, judiciaires ou extrajudiciaires qui ne
« se trouvent dénommés dans aucun autre article de la
« présente et qui ne peuvent donner lieu au droit proportionnel » (C.E. art. 327-65°).

C'est le droit des actes innomés¹.

Depuis lors, ce droit a subi de nombreuses augmentations², il est aujourd'hui de 22 fr. 50.

Cas particulier où le droit proportionnel sera perçu. — Il peut arriver que les parties fassent connaître, dès le moment de la promesse, une valeur certaine qui servira d'assiette au droit proportionnel.

Ainsi, la faculté d'achat est consentie moyennant une contre-partie, une somme d'argent remise au promettant, l'Administration y voit une stipulation d'indemnité³.

1. Cass. civ., 13 janvier 1869, D., 69-1-295 ; Senlis, 4 mai 1875, J.E. 20.388 ; Colmar, 9 mars 1836 et Délib., 16 septembre 1836, *Répertoire alphabétique des droits d'enregistrement*, N° 2.340 ; Sol. 4 novembre 1874, D., 76-2-32.

2. L. 18 mai 1850, article 8 ; L. 28 février 1872, article 4 ; L. 25 juin 1920, article 28 ; L. 22 mars 1924, article 3 ; L. 3 août 1926 et décret du 3 août 1926.

3. Boulard, thèse, p. 60.

C'est la conséquence logique de ce qui a été exposé précédemment.

La somme constitue un dédommagement accordé au promettant pour la privation du droit de disposer de son immeuble et la récompense de l'avantage qu'il procure à son co-contractant.

Le tarif est celui qui est prévu par l'article 69, paragraphe 2, N° 8, de la loi de frimaire : 0,50 % pour indemnité mobilière (ce qui fait actuellement, 0,75 %; C.E., 360).

Quant à l'exigibilité de ce droit proportionnel, il y a lieu de distinguer deux cas¹ :

Premier cas. — Il est convenu que l'indemnité n'appartiendra définitivement au promettant que si la vente n'a pas lieu et que si, au contraire, la vente se réalise, il devra la restituer à l'acquéreur en l'imputant sur le prix.

Il y a alors une condition suspensive de la convention et le droit fixe est seul dû.

Le droit proportionnel sera perçu lorsque il y aura certitude que la faculté d'achat ne sera pas exercée.

Deuxième cas. — Si l'indemnité demeure acquise au promettant en toute hypothèse, le droit proportionnel est immédiatement exigible.

Tout ceci est parfaitement logique et il n'y a pas lieu de s'y arrêter davantage.

Résolution des promesses unilatérales de vente. — La promesse étant formée, qu'advient-il lors de sa résolution ?

La promesse n'ayant entraîné aucune mutation de propriété, il en sera de même de sa résolution.

La loi fiscale n'ayant énoncé aucune disposition spé-

1. *Rép. Gal* (Garnier), V° « Vente », N° 156 bis ; *R.N.*, 1922, 18.962.

ciale aux promesses ne s'occupe pas non plus en particulier de leur résolution. En conséquence, et pour les mêmes raisons que nous avons exposées précédemment, la résolution d'une promesse unilatérale de vente non réalisée sera soumise au droit des actes innomés, droit fixe de 22 fr. 50 (Solution du 5 novembre 1881, Seine-Inférieure; solution du 13 octobre 1888, Loir-et-Cher), alors même, d'ailleurs, que cette résolution résulterait d'un simple accord des parties (Solution du 2 avril 1891, Gard)¹.

b) RÉALISATION DE LA PROMESSE. — La promesse formée, le délai accordé au bénéficiaire pour lever l'option commence à courir. Si le bénéficiaire laisse passer le délai sans manifester sa volonté d'acquérir, le promettant se trouve dégagé, d'une manière absolue, de l'obligation qu'il avait contractée sans qu'il ait à faire de sommation au stipulant ou d'acte équivalent².

La promesse est périmée.

Si, par contre, pendant ce délai le bénéficiaire déclare vouloir acquérir, la promesse, d'unilatérale qu'elle était, devient synallagmatique, la vente est parfaite, la mutation de propriété immobilière se réalise conformément à l'article 1589 du Code civil³. Il suffit que l'Administration ait connaissance de cette réalisation pour être autorisée à suivre le recouvrement du droit simple et,

1. Maguéro, V° « Résolution », N° 14-E.

2. Duvergier, I, 127; Laurent, XXIV, 18; Troplong, I, 117.

3. Il en était déjà ainsi dans notre ancien droit. Nous rapportons ci-après un passage de Denisart (6° édit., 1768, V° « Quint », N° 19) concernant notre matière : « Pour qu'une vente donne ouverture à des droits de Quint, il faut qu'elle soit réelle et efficace : une simple promesse de vendre n'engendre point ces sortes de droits, mais ils deviennent exigibles au moment que la vente se fait et se consomme en exécution de la promesse ; et le seigneur peut alors les demander, tant de ce qui a été payé lors de la promesse, que de ce qui est suppléé lors de la vente ».

le cas échéant, des pénalités de retard exigibles ¹. Le droit proportionnel de mutation devient de suite exigible.

Délai. — Si la réalisation a fait l'objet d'un acte sous seings privés cet acte est obligatoirement soumis à l'enregistrement dans les trois mois de sa date (Loi du 22 frimaire an VII, art. 22; Cass. civ., 12 juin 1854, D., 1855-1-12) à peine d'un droit en sus pour chacune des parties (art. 38).

Lorsque l'accord des parties est verbal, le droit proportionnel de mutation est exigible sur déclaration faite par les parties « dans les trois mois de l'entrée en possession » (art. 4, loi du 27 ventôse an IX).

Le bureau compétent est le bureau de la situation de l'immeuble qui fait l'objet de la mutation (art. 13, loi du 29 juin 1918).

Si la réalisation a eu lieu par acte notarié, le délai pour enregistrer l'acte est de dix ou quinze jours, suivant que le notaire réside ou non au lieu où se trouve le bureau de l'Enregistrement compétent, qui est celui du domicile du notaire (art. 20, loi de frimaire).

Aux termes de l'article 17 de la loi de frimaire, le droit de mutation est perçu sur la valeur vénale de l'immeuble à l'époque de l'aliénation.

La promesse unilatérale de vente n'ayant pas d'effet rétroactif ², la date de l'aliénation est celle de l'acceptation du bénéficiaire ³.

Tarif. — Il s'ensuit que le tarif à appliquer sera celui

1. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 265-B; Seine, 26 juillet 1850, *J.E.*, 15.004; Montpellier, 29 juillet 1851, *J.E.*, 15.292-6; Cass., 22 août 1865, *Inst.* 2.326, § 7.

2. Conf. Wahl précité; Cass., 14 mars 1860, D., 60-1-163, S., 60-1-740; Cass. Req., 13 mars 1907, D., 1912-1-315; Cass. Req., 21 février 1910, D., 1911-1-389; Seine, 2 avril 1913, *R.E.*, 5.842 et nombreuse jurisprudence, voir *R.E.*, 1912, 5.622.

3. Sauf l'exception de la loi du 30 juillet 1930.

en vigueur au jour de l'acceptation¹ et que la valeur taxée sera la valeur vénale de l'immeuble au même jour, et non le prix fixé à la promesse de vente².

Par conséquent, si la chose a augmenté de valeur entre la date de la promesse et celle de la réalisation, le droit sera dû sur la plus-value³.

Si la Régie n'est pas d'accord avec les parties au sujet de la valeur vénale de l'immeuble au jour de l'aliénation, « elle pourra requérir une expertise »³.

Ce droit de mutation immobilière est aujourd'hui de 13,50 % (Loi 31 juillet 1929, art. 2 et 23 décembre 1933, art. 19); plus une surtaxe de 1,25 % sur la partie du prix qui excède 300.000 fr. et de 2,50 % sur la partie qui excède 500.000 fr.; plus, s'il y a lieu, la taxe de première mutation fixée à 3 % par l'article 12 de la loi du 16 avril 1930 (C.E., 741)⁴.

1. *R.N.*, 1906, 12.409; Le Mans, 21 avril 1859, *J.E.* 16947; *Rép. Gal* (Garnier), N° 1.246; *J.E.*, 16.947; Seine, 28 décembre 1901, *J.E.*, 26.365; Cass., 10 mars 1886, D., 87-1-261, S., 87-1-83.

2. et 3. Cass., 10 mars 1886, précité, Inst. 2729, § 1, et nombreuse jurisprudence.

4. Jusqu'au 31 décembre 1937, le tarif du droit de vente a été réduit à 9 pour 100 et les surtaxes de 1,25 et 2,50 % ont été supprimées (Décret du 28 avril 1935, art. 1^{er} et 3, prorogé).

Si l'on compare l'évolution du taux du droit de vente depuis la loi de frimaire, ainsi qu'elle ressort du tableau ci-après, au développement des promesses de contrat, on constate facilement, d'après le nombre des espèces relatives à ces conventions, relatées dans les recueils de jurisprudence que leur développement est en raison directe de l'augmentation de l'impôt.

Cette constatation, à l'appui de ce que nous écrivions en commençant cette étude: que les promesses de contrat sont un moyen de fraude efficace; nous signalions, en même temps, tout le danger qu'elles peuvent présenter tant pour le fisc que pour ceux qui les emploient.

Tarif du droit de vente d'immeubles, abstraction faite des dispositions particulières concernant les licitations, soultes de partages et certains immeubles:

Loi du 22 frimaire an VII, article 69, § 7, N° 1	4 %
Loi 21 ventôse, an VII (droit de transcription perçu lors de la formalité de transcription)	1, 50 %
Loi 28 avril 1816, article 52 (fusion des 2 droits)	5, 50 %
Loi 22 avril 1905, article 2 (décimes)	7 %
Loi 25 juin 1920, article 25, alinéa 1 (sans décimes)	10 %
achat en vue de revendre	12 %

Preuve de la réalisation. — Si, très souvent, la preuve de réalisation est très facile à faire grâce à l'instrument que les parties elles-mêmes ont pris soin d'établir, il n'en est pas toujours ainsi. La question de preuve jouera, au point de vue fiscal, un rôle fort important, car c'est précisément le moment de cette transformation de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique qu'il sera souvent difficile de saisir ; soit qu'elle se produise malgré la volonté contraire d'une des parties, soit que les parties s'ingénient à la dissimuler.

L'Administration pourra donc faire la preuve par tous les moyens dont elle dispose, et notamment au moyen des présomptions légales de la loi de frimaire (art. 12), (C.E., art. 19), que la promesse a été acceptée¹, dans le délai fixé², ou que la mutation a été réalisée.

Nous retiendrons ici quelques preuves particulièrement intéressantes par l'importance qu'elles ont dans la pratique, ce sont :

Loi 22 mars 1924	12 %
achat en vue de revendre	14,40 %
Loi 13 juillet 1925, article 42 :	
surtaxe de 300.000 fr. à 500.000 fr.	1,20 %
surtaxe au-dessus de 500.000 fr.	2,40 %
Loi 4 avril 1926, article 30 (sans décimes)	15 %
achat en vue de revendre	18 %
surtaxes sans changement	
Loi du 3 août 1926, article 18, taxe de première mutation	7 %
Loi du 31 juillet 1929, article 2 (sans décimes)	12 %
achat en vue de revendre	15 %
taxe de première mutation (sans décimes)	5 %
Loi 16 avril 1930, article 13, taxe de première mutation (sans décimes)	3 %
Loi 23 décembre 1933, article 19	13,50 %
achat pour revendre	16,50 %

1. Seine, 25 juillet 1850, *J.E.*, 15.004 ; Montpellier, 29 juillet 1851, *J.E.*, 15.292 ; Seine, 22 avril 1864, *J.E.*, 17.897 ; Cass., 22 août 1865, *J.E.*, 18.087, Inst. 2.326, §7 ; Seine, 16 juillet 1913, *J.E.*, 29.054, *R.E.* 5.904.

2. Seine, 19 avril 1910, *R.E.*, 5.517 : l'acceptation dans le délai fixé rend l'accord des parties complet et la vente parfaite alors même que l'acquéreur ne serait pas entré en possession si, ni la promesse ni l'acceptation ne mentionnent de conditions suspensives.

la lettre missive,
le jugement,
la sommation et
l'exploit.

La lettre missive. — Si l'accord parfait sur la chose et sur le prix résulte d'un échange de lettres, il y a vente, mais jusqu'à cet accord il n'existe qu'une promesse unilatérale.

Nous ne croyons pas nécessaire d'insister sur les diverses théories bien connues concernant la détermination du moment où la vente est formée :

acceptation d'une façon quelconque de l'offre par son destinataire, pourvu qu'il en soit resté une trace quelconque ;

envoi d'une lettre d'acceptation et réception de la lettre d'acceptation par l'auteur de l'offre.

Les opinions sont fort divisées à ce sujet aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence¹.

Pour nous, il suffit de noter qu'une simple lettre adressée au promettant par le bénéficiaire peut suffire pour réaliser la promesse, et qu'elle devra être enregistrée dans le délai de trois mois de sa date, ainsi qu'il résulte d'un jugement du Tribunal de la Seine du 7 mars 1919², confirmé par un arrêt de la Cour de cassation le 17 mai 1922³.

Le jugement. — Lorsqu'à la suite d'une instance engagée entre le promettant et le bénéficiaire d'une promesse de vente, un jugement est rendu ordonnant l'exécution de la promesse et la réalisation de la vente, ce jugement

1. Voir Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 262-F.

2. *J.E.*, 31.103 ; *R.E.*, 6.916.

3. *J.E.*, 31.705 ; *R.E.*, 7.585 ; *J. des N.*, 33.480.

donne lieu à la perception du droit de titre¹. Ce qui est conforme aux dispositions de l'article 392 du Code de l'enregistrement (art. 69, § 2, N° 9 de la loi de frimaire) :

« Quand une condamnation sera rendue sur une demande
« non établie par un titre enregistré et susceptible de
« l'être, le droit auquel l'objet de la demande aurait
« donné lieu, s'il avait été convenu par acte public, est
« perçu indépendamment du droit dû pour l'acte ou le
« jugement qui aura prononcé la condamnation ».

Il est évident que dans le jugement dont il est question ci-dessus nous aurons, outre la condamnation, la constatation qu'un contrat s'est trouvé formé par le fait d'une opération juridique antérieure au jugement, puisque sa date remonte au jour de l'option².

Le droit de titre perçu sera le droit proportionnel de mutation immobilière.

Il peut encore arriver qu'un jugement soit rendu à propos d'une contestation concernant une promesse de vente, mais sans qu'il soit question de sa réalisation. Si la Régie y trouve des éléments de fait, dont elle pourrait se servir pour démontrer l'existence d'une mutation de propriété, pourra-t-elle en faire état ?

C'est par l'affirmative que la Cour de cassation a répondu à cette question dans un arrêt de la Chambre civile du 5 juillet 1933³.

Il s'agissait d'un jugement intervenu entre les signataires d'une prétendue promesse de vente et un intermédiaire. La Cour a décidé que ce jugement, bien que

1. Maguéro, V° « Jugement », N° 487 ; Dél., 18-2-1830, *J.E.*, 11.428 ; Cass. req., 14-1-1836, *J.E.*, 11.407, Inst. 1.537, section II, N° 3, S., 36-1-93, D., 36-1-126.

Cass. civ., 12 juin 1854, *J.E.*, 15.851, Inst., 2.019, § 6, S., 55-1-60, D., 55-1-12.

2. M. Cassin, *Cours de la Faculté de droit*.

3. *R.E.*, 1934, 10.085-II.

ne constituant pas la chose jugée à l'égard de la Régie, pouvait lui fournir les éléments de fait dont elle a le droit de faire état pour démontrer l'existence d'une mutation, et que ces présomptions ne sauraient être écartées par un tribunal en invoquant le caractère relatif de la chose jugée.

La sommation. — Il a été jugé par le Tribunal de Mantes le 2 juillet 1933¹, qu'une simple sommation faite par huissier au promettant de comparaître en l'étude d'un notaire, pour passer les actes définitifs de réalisation d'une promesse de vente, constituait une preuve suffisante de l'accord de volontés et par conséquent de la réalisation de la promesse.

L'Exploit d'huissier. — L'acceptation d'une promesse de vente peut se manifester dans un exploit d'huissier signifié au promettant à la requête du bénéficiaire. C'est ce qui arrive fréquemment lorsque le promettant se refuse à réaliser la promesse.

Cet exploit portant acceptation d'une promesse enregistrée est suffisant, au point de vue fiscal, pour prouver la réalisation de la promesse et motiver la perception immédiate du droit de mutation².

Cette acceptation intervenue dans le délai fixé rend l'accord des parties complet, nonobstant le silence gardé par l'auteur de la promesse³, et la vente doit être tenue pour parfaite.

1. *R.E.*, 1934, 10.110.

2. Maguéro, V° « Mutation secrète d'immeubles », N° 121 ; Nice, 9 février 1926, *R.E.*, 1927, 8.532 ; Evreux, 6 février 1934, *R.E.*, 1935, 10.268, *J.E.* 1934, 34.800.

3. Un nouveau consentement du promettant n'est pas nécessaire, Cass., 22 août 1865, Inst. 2.326, § 7 ; Cass., 10 décembre 1883, S., 84-1-390 ; Cass., 10 mars 1886, S., 87-1-83 ; Inst. 2.729, § 1 et nombreux auteurs ; Seine, 4 avril 1910, *R.E.*, 1911, 5.274 ; Seine, 19 avril 1910, *R.E.*, 5.517, *J.E.*, 28.412.

Le droit proportionnel de mutation sera perçu sur l'exploit qui constitue le titre de mutation ¹.

Le tarif appliqué sera le tarif en vigueur à la date de l'exploit ².

Tout ceci d'ailleurs est de jurisprudence constante lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'une promesse « *enregistrée* », car l'exploit forme par sa réunion avec la promesse le titre de la vente.

Lorsque la promesse n'a pas été enregistrée, il n'en est plus de même. Nous retrouverons cette question un peu plus loin, à propos des promesses verbales ³.

Déclaration de command. Délégation de prix. Quittance. — Avant d'en terminer avec l'étude de la réalisation des promesses de vente d'immeubles, nous devons signaler leur incidence sur diverses dispositions qui se rencontrent fréquemment dans les contrats de vente :

I. La faculté de déclarer command,

II. La délégation de prix et la quittance.

I. *La Faculté de déclarer command.*

C'est l'article 68, paragraphe 1^{er}, N° 24, de la loi du 22 frimaire an VII (C.E., 330-4°) complété par l'article 69, paragraphe 5, N° 4 de la même loi (C.E., 365), qui accorde à l'acquéreur d'un bien meuble ou immeuble la faculté de se substituer une autre personne sans avoir à acquitter un nouveau droit de mutation, c'est la faculté de déclarer command ; mais la loi édicte trois conditions :

1° Il faut que la faculté de déclarer command ait été

1. Maguéro, V° « Jugement », N° 286 ; Seine, 19 avril 1910, précité ; Pau, 29 décembre 1931, *R.E.*, 9.847, *J.E.*, 34.400.

2. Evreux, 6 février 1934, précité.

3. *Infra*, p. 140.

réservée dans l'acte d'adjudication ou le contrat de vente ;

2° Que la déclaration soit faite par acte public ;

3° Qu'elle soit faite et notifiée dans les 24 heures de l'adjudication ou du contrat.

Par conséquent, lorsque la vente résultera de la réalisation d'une promesse, il faudra :

1° Que la faculté de déclarer command ait été réservée dans l'acte même de promesse ;

2° Que la déclaration soit faite par acte public ;

3° Qu'elle soit faite et notifiée dans les 24 heures de l'acceptation par le bénéficiaire. C'est ainsi que la réserve de la faculté de déclarer command faite dans un acte rédigé pour constater la réalisation ordonnée par jugement d'une promesse de vente, est inopérante¹.

De même, l'exploit par lequel le bénéficiaire d'une promesse de vente déclare accepter cette promesse rend la vente parfaite et la réserve d'élire command insérée dans un acte notarié de réalisation dressé plusieurs jours après est tardive ; par suite, la déclaration de command faite dans ces conditions rend exigible le droit proportionnel de mutation².

C'est donc du jour même de la notification de l'acceptation que commence à courir le délai de 24 heures accordé par la loi³.

Il a même été jugé que le délai pour déclarer command devait partir de l'envoi d'un télégramme d'acceptation précédant l'exploit, lorsque la réserve de ce moyen de

1. Maguéro, V° « Command », N° 14 ; Seine, 16 juin 1842, *J.E.*, 13.017.

2. Maguéro, V° « Command », N° 14 ; Pontoise, 30 juin 1862, *J.E.*, 17.571 ; Narbonne, 29 juillet 1908, *J.E.*, 4.846 ; Evreux, 8 janvier 1935, *R.E.*, 10.587.

3. Narbonne, 29 juillet 1908, *R.E.*, 4.846.

notifier l'acceptation du bénéficiaire avait été faite dans l'acte de promesse¹.

Devant cette jurisprudence, on s'est demandé si la loi du 22 frimaire an VII (art. 68, § 1^{er}, N° 24) qui règle cette question ne voulait pas, par le mot *contrat*, désigner l'*instrumentum*.

En effet, il y est stipulé que la réserve d'élire command devait être faite dans le contrat (ici le sens d'*instrumentum* ne peut pas faire de doute, car il s'agit d'établir un moyen de preuve qui ne pourrait être tiré d'une convention verbale) et il ne paraît pas possible de changer, dans la suite de l'article, le sens du mot contrat pour lui faire signifier l'accord des volontés.

D'ailleurs, la théorie de la jurisprudence entraînerait à rechercher, dans chaque espèce, pour point de départ du délai de 24 heures le moment de l'accord juridique des parties, ce qui paraît soulever une difficulté souvent insurmontable.

S'il en était ainsi, et il semble bien que tel est le véritable sens de la loi, toute la jurisprudence que nous venons d'indiquer serait donc à réformer.

II. Délégation de prix et quittance.

Dans le contrat de vente notarié dont il est question ci-dessus², il avait été stipulé une délégation d'une partie du prix de vente, une autre ayant été quittancée audit acte.

Il a été jugé par le Tribunal de Narbonne³ que ces clauses étaient indépendantes du contrat de vente, et qu'il devait être perçu un droit de délégation sur la

1. Aurillac, 6 mai 1930, *R.E.*, 9.198.

2. *Supra*, p. 40.

3. Narbonne, 29 juillet 1908, *R.E.*, 4.846.

partie du prix déléguée, et un droit de libération sur la partie du prix quittancée.

En effet, la vente était parfaite dès avant la signature de l'acte notarié puisque la notification de l'acceptation avait réalisé l'accord des parties sur la chose et sur le prix, et l'acte notarié portant la clause de délégation et la quittance « *ajoutait* » ces nouvelles dispositions au contrat primitif. Il était donc impossible de soutenir qu'elles faisaient corps avec lui et, « l'exemption d'impôt « édictée par l'article 5 du Code de l'enregistrement « étant subordonnée à la condition que la quittance « soit renfermée dans l'acte même de transmission, il en « résulte que le droit de 0,75 % devient exigible toutes « les fois que cette condition n'est pas remplie »¹.

Exceptions. Loi du 30 juillet 1930. — Rappelons ici, pour mémoire, l'exception créée par cette loi en ce qui concerne les promesses de vente de terrains lotis ou à lotir, l'étude devant en être faite sous la section II de ce chapitre.

§ 2. *La promesse de vente de meubles*

La promesse unilatérale de vente de meubles, pure et simple, ne comporte que peu d'applications pratiques, elle se trouve le plus souvent combinée avec d'autres contrats et notamment la location-vente et la vente à tempérament; nous aurons l'occasion d'en reparler dans la deuxième Partie, en étudiant la qualification des promesses.

Tout juste trouve-t-on, dans la jurisprudence, une

1. Maguéro, V° « Quittance », N° 46.

convention considérée comme une promesse de vente de meubles.

Les marchandises garnissant un fonds de commerce sont en quantité très variable selon le moment où l'on se place.

C'est ainsi, que les quantités existant au moment de la vente d'un fonds de commerce et au moment de la prise de possession par l'acquéreur, peuvent être très différentes.

Pour garantir l'acquéreur contre le risque d'avoir à reprendre un stock trop important, il arrive très souvent que, dans le contrat de vente, il est stipulé au profit de l'acquéreur la faculté de reprendre ou de laisser, lors de l'entrée en jouissance, une partie des marchandises neuves garnissant le fonds.

La jurisprudence voit dans cette clause une promesse de vente de meubles, faite par le vendeur du fonds à l'acquéreur, ce dernier pouvant la réaliser, ou non, par une simple manifestation de volonté à l'époque déterminée pour la prise de possession.

Le tarif ordinaire des ventes de meubles sera donc appliqué lors de la réalisation de cette vente (7%), à l'exclusion du tarif des ventes de fonds de commerce (2%)¹.

Il n'entre pas dans nos lois fiscales de dispositions spéciales concernant les promesses de vente de meubles.

Rien d'autre, non plus, dans la jurisprudence concernant les promesses pures et simples.

Il y aura donc lieu de traiter tout ce qui concerne ces promesses, par analogie avec les promesses de vente d'immeubles :

1. Bourges, 28 juillet 1930, *R.E.*, 1931, 9.376, *J.E.*, 1931, 34.095.

Délai pour enregistrer,
Nature du droit et tarif.

Quant à leur réalisation elle sera taxée au droit de vente mobilière, conformément aux dispositions de l'article 69, paragraphe 5, N° 10, de la loi de frimaire et de l'article 460 du Code de l'enregistrement.

§ 3. *La promesse d'achat*

C'est la contre-partie de la promesse de vente. Ici le bénéficiaire est le vendeur et c'est l'accord qu'il pourra donner dans le délai fixé dans la promesse qui réalisera la vente.

On ne trouve dans nos lois aucune disposition spéciale concernant la promesse d'acheter.

C'est encore à la promesse de vente que l'on devra se reporter pour déterminer, par analogie, quel sera le sort réservé aux promesses d'acheter, au point de vue fiscal ¹.

Il est à remarquer d'ailleurs qu'elles sont rares dans la pratique, car elles n'offrent pas au bénéficiaire les mêmes avantages économiques que la promesse de vente ².

Elles n'offrent pas non plus les mêmes avantages pour ceux qui cherchent à frauder le fisc.

Le moyen le plus souvent employé, dans ce but, ainsi que nous le verrons plus loin, est d'imposer à l'acheteur des versements importants ou de l'obliger à faire face aux charges incombant ordinairement aux propriétaires. Il est fort probable que jamais il n'acceptera de telles conditions, s'il n'est pas certain de pouvoir réaliser la

1. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 265-C.

2. Voir *supra*, p. 2.

vente à son gré, autrement dit s'il n'est pas bénéficiaire d'une promesse de vente consentie à son profit par le propriétaire de la chose.

Il est évident que la situation de promettant d'une promesse d'acheter ne lui permettra pas d'accepter de s'obliger d'une façon aussi grave.

Lorsqu'une promesse d'achat pure et simple accompagne une promesse de vente concernant le même objet, entre les mêmes parties, on se trouve en présence d'une promesse synallagmatique qui vaut vente conformément à l'article 1589 du Code civil, l'accord étant parfait sur la chose et sur le prix.

Mais il y a lieu de distinguer le cas où la promesse de vente est accompagnée d'une promesse d'acheter dans un délai déterminé, ou de faire acheter par un tiers, à un prix fixé.

Il y a, alors, vente sous condition suspensive, et l'acte doit être enregistré dans les trois mois¹.

§ 4. *La promesse d'échange*

Signalons, pour mémoire, la promesse d'échange qui n'a, à notre connaissance, donné lieu à aucune décision de jurisprudence.

Tout ce qui concerne cette promesse se déduira, par analogie, de ce que nous venons d'exposer à propos de la promesse de vente.

1. *Jurisclasser de l'enregistrement*, Vente d'immeubles, fascicule 11, N° 100, Toulon, 8 juillet 1911, *J.E.*, 29.222, *R.E.*, 5.382, *J. des N.*, 30.338.

SECTION II

EXCEPTION AU DROIT COMMUN (LOI DU 30 JUILLET 1930)

§ 1. *Droit civil*

Nous avons vu précédemment (voir page 14) que l'article 1589 du Code civil a été complété par la loi du 30 juillet 1930 de la manière suivante :

« Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis
« ou à lotir, son acceptation et la convention qui en
« résultera s'établiront par le paiement d'un acompte
« sur le prix quel que soit le nom donné à cet acompte,
« et par la prise de possession du terrain.

« La date de la convention, même régularisée ultérieu-
« rement, sera celle du versement du premier acompte »¹.

Voici enfin un texte concernant les promesses unilatérales de vente.

Il est bien évident que, si le législateur avait voulu disposer au sujet des promesses synallagmatiques son ouvrage aurait été bien inutile puisque, pour de telles promesses, il y a réciprocité d'engagement ; elles contiennent promesse de vendre d'une part, et promesse d'acheter d'autre part.

Il n'est donc pas, dans ce cas, besoin d'un texte de loi pour déterminer dans quelles conditions il y aura acceptation du bénéficiaire.

Si l'acceptation se manifeste expressément avant le paiement d'un acompte et la prise de possession, elle se suffit. Ce n'est que dans le cas où elle n'est pas intervenue avant l'accomplissement de ces deux faits qu'il y a lieu de

1. Loi du 30 juillet 1930, article unique.

les retenir pour démontrer la réalisation de la promesse.

Donc, cette loi ne change rien en ce qui concerne les promesses synallagmatiques, même accompagnées de ces deux faits : le droit proportionnel de mutation sera dû, du jour de l'acceptation.

Nous pourrions donc être surpris de trouver ce texte de loi mis à la suite et comme complément de celui de l'ancien article 1589, concernant les promesses synallagmatiques de vente.

Il semble inutile d'en chercher les raisons, une simple négligence du législateur paraît en être l'explication.

La loi du 30 juillet 1930 est une loi spéciale, concernant uniquement la vente de certains immeubles : les terrains lotis ou à lotir. Elle déroge aux principes du droit civil. Avant la loi, conformément à ces principes, aucune mutation n'était réalisée avant l'acceptation expresse par le bénéficiaire, il fallait l'accord des deux volontés pour réaliser le contrat, sans effet rétroactif.

Depuis la loi de 1930, s'il n'y a rien de changé à l'égard de la promesse de vente concernant les terrains lotis ou à lotir, il n'en est pas de même en ce qui concerne sa réalisation. L'acceptation expresse du bénéficiaire n'est plus indispensable pour réaliser la mutation. Cette dernière est réputée être accomplie lorsque :

1° une somme quelconque : acompte, annuité, arrhes, a été versée sur le prix ;

2° le bénéficiaire a pris possession du terrain ; et c'est au jour du versement du premier acompte que remonte la mutation, même si la prise de possession est postérieure, cet événement postérieur agissant comme une condition suspensive.

Quelles sont exactement les conditions de son application ?

Elle concerne, nous venons de le voir, les promesses unilatérales de vente, mais encore, ajoute la loi, « s'appliquant quant à des terrains lotis ou à lotir ».

Comment déterminer les terrains dont il s'agit ? En se rapportant aux débats parlementaires (Sénat, Déb., *J.O.*, 14 juillet 1930, p. 1580) on trouve que la loi vise les lotissements spécialement visés par les lois des 14 mars 1919 et 19 juillet 1924¹.

C'est d'ailleurs à la demande des acquéreurs de terrains lotis qu'elle a été faite. Il arrivait très souvent qu'un temps assez long, et parfois très long, s'était écoulé entre la promesse de vente et sa réalisation.

On trouvait même des contrats de location-vente antérieurs à la Grande Guerre.

Pendant ce temps, les conditions économiques avaient changé et notamment la dévaluation du franc s'était produite. Par suite, l'économie du contrat, elle-même, se trouvait bouleversée et les acquéreurs étaient souvent exposés à se voir intenter par le lotisseur, dans les deux ans de la réalisation, l'action en rescision pour cause de lésion, conformément à l'article 1676 du Code civil.

Avec la loi nouvelle, dans bien des cas, les acquéreurs échapperaient à ce risque et leurs contrats seraient soustraits à l'application de l'article 1676 du Code civil.

On a pu se demander, au moment de la promulgation de la loi, s'ils avaient satisfaction, car on a soutenu que la loi n'était applicable qu'aux promesses postérieures à son entrée en vigueur².

Rien, dans le texte, ne lui confère un effet rétroactif

1. La question de savoir si les terrains sont lotis ou à lotir est donc une question de fait (D^{on}. du Sous-secrétaire d'Etat à la Présidence du Conseil, Sénat séance du 10 juin 1930, *J.O.* du 11, p. 1530, 1^{re} et 2^e colonnes).

2. *R.N.*, 23.553, M. Sainsot.

ou interprétatif, elle ne devrait donc avoir d'effet que pour l'avenir, conformément à l'article 2 du Code civil.

Un arrêt de la Cour de Paris, du 2 décembre 1930, (D.H., 1931.57, *R.N.*, 23.717) a été rendu dans ce sens et a décidé que la loi du 30 juillet 1930 « n'a pas d'effet « rétroactif ».

Cependant l'Administration a toujours soutenu le contraire, c'est bien son avantage.

Il nous semble intéressant, à ce sujet, de rapporter ici textuellement un passage de l'Instruction générale N° 4098 du 2 septembre 1931, (*J.E.*, 34.385-1932) :

« Dans l'esprit du législateur, la nouvelle loi devait
« avoir un caractère interprétatif, bien que ce caractère
« ne résulte pas du texte, ce point avait été nettement
« précisé au cours de la discussion qui a précédé le vote
« (voir notamment la déclaration du Sous-secrétaire
« d'Etat à la Présidence du Conseil : Sénat, séance du
« 10 juillet 1930, *J.O.*, du 11, p. 1.530, 1^{re} colonne). Le
« Sénat avait d'ailleurs manifesté son sentiment à cet
« égard, par le rejet d'un amendement présenté par
« M. Delahaye, qui tendait à restreindre sur ce point la
« portée de la disposition, en intercalant le mot « désor-
« mais » dans le texte proposé par la Commission (Sénat,
« séance du 10 juillet 1930, *J.O.*, du 11, p. 1.532). Toutefois,
« par un arrêt du 2 décembre 1930 (D.H., 1931.57, *R.N.*,
« 23.717), la Cour d'appel de Paris a décidé que la loi du
« 30 juillet « n'a pas d'effet rétroactif ».

« Quoi qu'il en soit, étant donné les intentions mani-
« festes du Parlement, il conviendra, tant que la Cour
« de cassation ne se sera pas prononcée sur la question,
« d'admettre que la nouvelle loi s'applique également aux
« conventions antérieures à sa promulgation et qui n'ont

« pas fait l'objet d'un jugement passé en force de chose
« jugée. Par suite, pour ces conventions, la mutation doit
« être considérée comme parfaite à la date de l'entrée
« en vigueur de la loi nouvelle, si le terrain a fait antérieu-
« rement l'objet d'une prise de possession et d'un paye-
« ment d'acompte. A défaut d'acte, le délai de déclaration
« de la mutation a pris cours à partir de cette date ».

Une réponse ministérielle publiée au *J.O.*, le 11 mars 1933 confirmait cette manière de voir : « Pour les terrains
« lotis ou à lotir, la date du transfert de propriété remonte
« à la date du versement du premier acompte avec prise
« de possession, même si cette date est antérieure à la
« promulgation de la loi ».

Enfin, la Chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 19 juillet 1933 (D.H., 1933-521) a reconnu le caractère interprétatif de la loi du 30 juillet 1930, confirmant ainsi la thèse de la Régie, qui, dans une Instruction générale du 26 décembre 1933 N° 4161, constate que la règle de perception contenue dans l'Instruction N° 4098 précitée, sur l'effet rétroactif de la loi en question, est confirmée¹.

§ 2. *Droit fiscal*

La loi du 30 juillet 1930, dont l'unique but est d'écarter autant que possible la rescision pour lésion, a un caractère exceptionnel qui aurait dû la faire échapper à toute répercussion fiscale, d'ailleurs essentiellement dommageable pour les lotis, mais le texte ne contient aucune précision à ce sujet.

D'ailleurs, l'exposé des motifs de la loi affirme qu'il

1. *J.E.*, 1934, 34.850, 17.

« doit être bien entendu, par ailleurs, que le vote dudit article n'apportera aucune modification aux règles « qui régissent la perception du droit de mutation à titre « onéreux » (*J.O.*, 3 juillet 1930. Chambre, *Doc.*, annexe, N° 412).

Le même opinion a été exprimée dans le rapport de M. Charles Dumont au Sénat (*R.N.*, art. 23.598, p. 279), mais c'était oublier qu'à moins d'exception formellement prévue par le législateur, la perception de l'impôt se conforme au droit civil et suit la nature des conventions d'après leur caractère juridique.

Faute de précision dans le texte de la loi, l'Administration faisant une juste application de ce principe, réclame le droit de vente au tarif de la date de versement du premier acompte, lorsque les deux conditions exigées par la loi sont remplies :

1^{re} condition : le versement d'un premier acompte,

2^e condition : la prise de possession du terrain.

L'Administration estime d'ailleurs que, si la prise de possession par le bénéficiaire est postérieure au versement de l'acompte, cette circonstance n'est que la réalisation d'une condition suspensive, dont l'effet rétroagit à la date du versement du premier acompte.

Quant à l'*exigibilité des droits de mutation*, c'est la conséquence logique des principes fixés par la loi : à défaut d'acte¹, les parties doivent souscrire la déclaration de la mutation dans les trois mois de la prise de possession ou du versement du premier acompte, si ce versement est postérieur, à peine d'un droit en sus pour chacune des parties (Loi du 27 ventôse an IX, article 4).

1. Instruction 4.098 de la Direction générale de l'enregistrement du 2 septembre 1931.

Le vendeur a, de plus, le quatrième mois pour s'affranchir du droit en sus (Loi du 23 août 1871, article 14).

En ce qui concerne la *liquidation de l'impôt*¹ et en cas d'insuffisance, l'expertise, il y a lieu de considérer deux cas :

1^{er} cas : si les deux faits ont eu lieu à la même date, c'est le tarif de cette date qui sera appliqué sur la valeur de l'immeuble à cette date ;

2^e cas : s'ils ont eu lieu à deux dates différentes, c'est la date du paiement de l'acompte qui déterminera le tarif et la valeur taxable de l'immeuble.

Promesse d'achat. — Pour ces promesses, qui sont la contre-partie des promesses de vente, c'est le consentement du vendeur qui est exigée pour en parfaire la réalisation.

Dans le cas particulier des lotissements tout ce que nous venons d'exposer au sujet des promesses de vente s'applique, par analogie, aux promesses d'achat.

Pour elles donc, l'exception au droit commun existe aussi, le consentement exprès du vendeur ne sera plus nécessaire, les deux faits visés par la loi en tiennent lieu.

Transmission par décès des promesses concernant les terrains lotis ou à lotir. — Cette question sera étudiée plus loin dans la II^e Partie, titre II, chapitre II, à propos de la transmission par décès des promesses en général.

Dans l'étude que nous venons de faire de la loi du 30 juillet 1930, nous constatons encore que le droit fiscal suit le droit civil, faute de texte visant spécialement le cas envisagé.

1. Instruction 4.098 de la Direction générale de l'enregistrement du 2 septembre 1931, précitée.

CHAPITRE II

PROMESSE DE BAIL

Ne trouvant rien dans la loi concernant cette promesse, on est naturellement amené à la comparer à la promesse de vente et à se demander s'il faut, par analogie, étendre au contrat de louage l'application du principe consacré en matière de vente par l'article 1589, et considérer que « promesse de bail vaut bail ».

Il y a encore lieu de distinguer la promesse synallagmatique et la promesse unilatérale¹.

Dans le cas de promesse synallagmatique le contrat est formé² à condition que l'accord ait porté sur tous les éléments qui doivent faire l'objet du contrat : chose, prix, durée..., sans quoi il n'y aurait que simple projet.

Si la promesse est unilatérale (promesse de donner à bail ou de prendre en location) elle ne saurait être considérée comme valant bail par elle-même « le louage de « chose impliquant l'exécution d'obligations successives « de part et d'autre »^{1, 3}.

« La promesse acceptée aurait simplement pour effet « de justifier l'exercice d'une action en dommages-« intérêts fondée sur l'inexécution de l'engagement »⁴, celui-ci étant une obligation de faire.

D'après ce qui précède, et en nous reportant à l'exposé que nous avons fait au sujet de la promesse de vente,

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, « Louage de chose », p. 493.

2. Cass. req., 21 mars 1921, D., 1921.1.166 ; Guillouard, I, N° 41 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, N° 43 ; Aubry et Rau, V, § 363, texte et note 6.

3. Lyon, 16 mai 1928, D., 1928.2.197 ; Guillouard, I, N° 194, texte et note 4.

4. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, « Louage de choses », p. 493

nous voyons qu'à défaut de dispositions spéciales dans nos lois, il sera facile de se reporter à la promesse de vente pour résoudre les problèmes qui se poseront au sujet de la promesse de bail.

C'est l'avis des auteurs du *Traité alphabétique*¹.

CHAPITRE III

PROMESSE DE SOCIÉTÉ

Allons-nous retrouver pour les promesses de sociétés la même distinction que nous avons pu faire, pour tous les contrats précédents, entre la promesse synallagmatique et la promesse unilatérale ; l'une taxée au droit proportionnel, l'autre au droit fixe ?

Pour répondre à cette question, nous examinerons d'abord la promesse d'apport et ensuite la promesse de société.

SECTION I

LA PROMESSE D'APPORT

Supposons une société définitivement constituée, sans contestation possible à l'égard de son existence, bénéficiaire d'une promesse d'apport faite par l'un des associés. Comment sera enregistrée une telle promesse ?

A défaut de dispositions spéciales de la loi fiscale, c'est, bien entendu, la loi civile qui sera appliquée, et dans le cas considéré, le Code civil, au titre du contrat de société, nous donne clairement la solution. Nous y trouvons, en effet, sous l'article 1845 :

1. Maguéro, V° « Bail », Nos 8 et 30.

« Chaque associé est débiteur envers la société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter... ».

« En signant le contrat », disait Boutteville, dans son rapport au Tribunat (sur le Livre III, titre IX, C. civ., séance du 14 ventôse an XII, C. civ. suivi de l'exposé des motifs Paris, 1820, Didot, t. VI, p. 183), « un associé se constitue débiteur envers la société de tout ce qu'il promet d'y apporter. Si c'est un corps certain, et que la société en soit évincée, il est, à l'instar du vendeur, garant envers elle de l'éviction qu'elle éprouve ».

Donc, créance ferme de la société contre le promettant, taxable immédiatement au droit proportionnel d'apport¹.

Pas de promesse unilatérale, car impossibilité pour la société de ne pas exiger la réalisation de la promesse sous peine de compromettre son existence même.

C'est simplement la conséquence du principe, existant dans notre droit, de la fixité du capital social : l'apport promis faisant partie du capital social constitue comme lui le gage des créanciers sociaux.

C'est ce qui découlerait à *fortiori* des termes de l'article 1867 du Code civil : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés ».

La jurisprudence est constante en ce qui concerne ces promesses d'apport².

La promesse d'apport sera donc taxée au droit de 3 %,

1. On peut donc dire que la promesse d'apport n'est pas une vraie promesse, au sens où nous l'avons définie, les deux contractants étant liés. Cependant la Régie ne la taxe pas comme obligation de somme (Voir à ce sujet l'Inst. 290 N° 9 mentionnée plus loin).

2. V. Seine, 21 janvier 1899, *R.E.*, 1.985.

sous réserve bien entendu de l'exigibilité du droit de mutation, dans le cas où l'apport est fait à titre onéreux.

L'Instruction 290, N° 9, a reconnu, en dépit de l'argument qui pourrait être tiré de l'article 1845 du Code civil, que la promesse d'apport en numéraire n'est pas une obligation de somme.

L'acte constatant la réalisation ultérieure est passible du droit fixe de 22 fr. 50 comme acte d'exécution, à l'exclusion du droit de quittance¹.

Nous voyons notamment dans une espèce soumise au Tribunal de la Seine, et faisant l'objet d'un jugement rendu par ce tribunal le 25 juillet 1910², que le droit proportionnel est dû sur l'apport en argent promis à une société, alors même que la somme qui en fait l'objet ne serait pas immédiatement versé et devrait être comptée ultérieurement, au fur et à mesure des besoins.

SECTION II

LA PROMESSE DE SOCIÉTÉ

Nous supposons maintenant que l'objet de la promesse sera la constitution même de la société.

Nous ne ferons pas de différence, dans l'exposé qui va suivre, entre la promesse de société et la promesse d'apport faite à une société qui se constitue.

Dans ce cas, la promesse d'apport vaut promesse de société³. Il faut d'ailleurs que diverses conditions se trouvent remplies, et notamment que l'auteur de la promesse d'apport ait l'intention de risquer sa part et

1. Maguéro, V° « Société », N° 163.

2. R.E., 5.155-I.

3. Deschamps, thèse, p. 32.

d'en retirer des bénéfices. Nous n'insisterons pas sur ce point, estimant que nous sortirions du sujet que nous nous sommes proposé.

Quels que soient donc les termes employés : promesse d'apport ou promesse de société, allons-nous pouvoir distinguer, quant à l'exigibilité des droits, des promesses synallagmatiques et des promesses unilatérales, avec les conséquences que nous avons relevées à propos des autres contrats-consensuels ?

La réponse est négative. En effet, au point de vue qui nous intéresse, la question se pose d'une façon toute différente. Le droit dont la loi frappe le contrat de société est un droit d'acte¹, et ce droit ne peut être perçu que si l'écrit soumis à la formalité contient les énonciations nécessaires à la constatation régulière d'un contrat de société², c'est-à-dire s'il peut être considéré comme constituant le titre d'une société.

La loi de frimaire an VII traite l'acte de société comme un acte déclaratif de propriété, l'article 68, paragraphe 4, N° 4 de cette loi soumet au droit fixe de 3 francs les apports purs et simples faits à la société.

La loi du 28 février 1872 transforme ce droit en un droit fixe gradué de 5 francs par 5.000 francs ; et la loi du 28 avril 1893 en un droit proportionnel spécial de 0,25 %, devenu aujourd'hui le droit de 3 % de l'article 445 du Code de l'enregistrement.

Il sera d'ailleurs perçu sur l'acte de formation ou après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi³ selon la nature de la société.

1. Ceci dit sans préjudice des diverses opinions émises sur la théorie du fait générateur. Pour nous, l'important est que l'impôt sera perçu sur l'acte révélant l'existence de la société.

2. Villefranche, 31 août 1876, *J.E.*, 20.281, *R.P.*, 4.525.

3. Voir Houpin et Bosvieux, N° 2.186.

Pour nous, la condition à retenir c'est que l'acte enregistré doit être un acte constatant une société. Toute société, même en nom collectif, n'ayant d'existence qu'au jour de la signature du pacte social, alors même qu'une promesse aurait précédé la conclusion du contrat définitif¹.

Si l'acte présenté au receveur, sous forme de promesse ou autre, ne remplit pas cette condition, il ne sera passible que du droit fixe de 22 fr. 50 des actes innomés. C'est une question de fait soumise à l'appréciation du receveur.

On conçoit donc qu'une promesse même synallagmatique puisse être tantôt taxée au droit fixe, tantôt au droit proportionnel. Si elle peut, en effet, constituer dans l'esprit des contractants un simple acte d'adhésion devant servir à établir la société², elle peut aussi constater la constitution définitive de la société.

Dans ce dernier cas on a pu dire que la promesse de société vaut société comme la promesse synallagmatique de vente vaut vente : « si la promesse de société est intervenue entre tous les futurs associés, la société doit être regardée comme constituée ; on peut invoquer en ce sens l'article 1589 »³.

La société commençant à l'instant même du contrat, aux termes de l'article 1483 du Code civil, le droit proportionnel est immédiatement exigible.

Les parties peuvent cependant désigner une autre époque.

Il est souvent très délicat de déterminer si la date fixée par les parties est destinée à retarder la naissance

1. Houpin et Bosvieux, N° 252.

2. Sol., 30 janvier 1878, Maguéro, V° « Société », N° 149.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl « De la Société », N° 33, *in fine*.

de la société ou simplement à déterminer le commencement des opérations¹.

Dans ce dernier cas, la société existe dès la conclusion de la promesse, et il y a analogie parfaite avec le contrat de vente dans lequel l'entrée en jouissance de l'acquéreur se trouve fixée à une date postérieure à celle du contrat.

Le droit proportionnel sera donc, encore, immédiatement exigible.

1. Voir à ce sujet, *R.E.*, 4.112 à propos d'un arrêt de la Ch. civ. C. Cass., du 7 mai 1906.

TITRE II

PROMESSE SOUMISE A UN RÉGIME FISCAL PARTICULIER

PROMESSE DE PRÊT. OUVERTURE DE CRÉDIT

Le prêt de consommation est le seul important au point de vue fiscal, car il entraîne une mutation de propriété ; c'est le seul dont nous nous occuperons. Une personne s'engage à fournir à une autre personne, à titre de prêt, soit une certaine somme, soit certaines valeurs ou des objets spécifiés jusqu'à concurrence d'un chiffre déterminé, sans que la seconde personne soit obligée d'user de la faculté qui lui est donnée de profiter du crédit ouvert.

Nous sommes en présence d'une promesse de prêt, promesse unilatérale, analogue à la promesse unilatérale de vente ; c'est l'ouverture de crédit. Elle fait naître, pour le promettant, une obligation actuelle. Quant au bénéficiaire, son obligation ne prendra naissance que s'il use du crédit ouvert à son profit, et dans la mesure des avances qui lui seront faites.

Si le bénéficiaire use de ce crédit, il y aura réalisation de la promesse et le contrat de prêt se formera ¹.

1. Avant la livraison de la chose promise, il n'y a que promesse de prêt (Planiol, II, N° 2.048, note).

Il semble donc qu'au moment de la formation de la promesse, nous nous trouvions encore en présence d'un acte innomé taxable au droit fixe, et que le droit proportionnel ne deviendra exigible qu'au moment de la réalisation. Cependant, il n'en est rien.

Contrairement à ce que nous avons constaté au sujet des promesses précédemment étudiées, nous avons pour la promesse de prêt une réglementation fiscale. C'est donc à cette loi fiscale particulière que nous devons nous reporter. Voyons d'abord, dans la section I, ce qui concerne la promesse elle-même et ensuite, dans la section II, ce qui concerne sa réalisation. Nous ferons enfin, en appendice, l'étude du cas particulier de l'ouverture de crédit pour construire.

SECTION I

FORMATION DE LA PROMESSE

§ 1. *Tarif*

La loi du 22 frimaire an VII n'avait pas tarifé spécialement l'ouverture de crédit. C'est seulement au moment de la réalisation du prêt que le droit proportionnel était perçu.

La loi du 23 août 1871, article 5, a frappé l'ouverture de crédit d'un droit proportionnel de 0,50 % (actuellement 0,75 %.) Ses dispositions font l'objet de l'article 369 du Code de l'enregistrement ainsi rédigé :

« Les actes d'ouverture de crédit sont soumis à un
« droit proportionnel d'enregistrement de 75 centimes
« par 100 francs. La réalisation ultérieure du crédit sera
« assujettie aux droits fixés par la législation en vigueur ;
« mais il sera tenu compte dans la liquidation du montant

« du droit payé en exécution de l'alinéa qui précède ».

D'après ce texte, la promesse elle-même est frappée d'un droit proportionnel. Elle fait donc exception à la règle générale que nous avons reconnue, voulant que les promesses de contrat soient enregistrées au droit fixe.

La loi édictant qu'il sera tenu compte du droit perçu sur la promesse au moment de la réalisation, on peut se demander s'il s'agit d'un droit spécial concernant le contrat d'ouverture de crédit, ou simplement d'un acompte sur le droit proportionnel exigible sur le contrat de prêt. La loi laisse planer un doute sur la nature du droit stipulé.

Voyons quelle explication il serait possible de donner des dispositions spéciales de l'article 369, et essayons de déterminer la nature du droit.

§ 2. *Explication. Nature du droit*

A. — *L'opinion des auteurs.*

Pour M. Wahl¹, la loi de 1871 a été faite spécialement pour des raisons fiscales, l'ouverture de crédit étant, en général, au moins partiellement réalisée à l'insu de la Régie.

D'après cet auteur, les travaux préparatoires montrent que le droit édicté par l'article 5, alinéa 1^{er} de la loi de 1871 n'est pas un droit spécial, mais une anticipation du droit d'obligation basée sur l'idée que le crédit est au moins partiellement réalisé.

Il en trouve une confirmation dans l'imputation édictée par le deuxième alinéa de l'article 5.

« De cette conception il résulte que le droit propor-

1. *Ouverture de crédit*, p. 427.

« tionnel n'est pas dû sur les ouvertures de crédit si le
« contrat que la réalisation rendra parfait échappe au
« droit proportionnel » (par exemple une ouverture de
crédit par acte sous seing privé dans un but commercial) ¹.
« Le droit dû sur la réalisation doit être calculé de la
« même manière que si aucun droit n'avait été perçu
« sur l'ouverture de crédit, car la réalisation forme le
« contrat définitif, lequel doit être envisagé en lui-même.
« C'est seulement après que se fait l'imputation ».

En résumé, les dispositions de la loi de 1871 seraient une sorte d'assurance prise par le fisc contre les risques de fraude ; ceux-ci sont, en effet, très grands puisque la réalisation pourra résulter d'une simple tradition toujours facile à tenir secrète.

Demante exprimait la même opinion ² : « La percep-
« tion initiale, dit-il, n'est qu'un acompte du droit dû,
« en définitive, sur l'obligation du crédité, qui est le
« futur emprunteur ».

D'après cette conception, les principes n'auraient reçu aucune atteinte, seul le mode de perception aurait été modifié par la loi.

M. Pilon ³ voit dans la perception immédiate d'un droit proportionnel une exception à la suspension des effets d'un contrat par suite de condition suspensive. Il classe, à cet égard, l'ouverture de crédit avec la cession d'office ministériel et le contrat de mariage. Il donne comme justification de ces conceptions, en dehors de l'intérêt du fisc, que l'événement futur et incertain auquel est suspendue la réalisation de ces contrats n'est pas *accidentel*, mais au contraire normal. Cet événement

1. C.E., 328.

2. *Principes de l'enregistrement*, 4^e édit., N° 398.

3. *Ouverture de crédit*, N° 555.

est impliqué par leur *nature même*. « Il est donc juste, « dit-il, de ne pas traiter cet événement comme une « condition proprement dite, et de percevoir immédiatement l'impôt en escomptant le fait futur qui, dans la « grande majorité des cas, se produira et à bref délai ».

Ici encore pas de droit spécial, mais perception anticipée du droit proportionnel dû sur le contrat réalisé.

Quant à l'opinion du législateur lui-même, elle semble avoir été exprimée dans le passage suivant de l'exposé des motifs de la loi du 23 août 1871, d'où il paraît bien résulter que « c'est l'acte d'ouverture de crédit en lui-même, qu'on a voulu taxer au droit de 0,50 % (aujourd'hui 0,75 %) comme *promesse de prêter* »¹.

« Le contrat d'ouverture de crédit, y est-il dit, constituant entre les parties une promesse de prêter obligatoire dont l'inexécution donne lieu à des dommages-intérêts, ne pouvait être confondu dans la classe des conventions qui, subordonnées à une condition suspensive, sont dénuées de tout effet légal jusqu'à l'accomplissement de cette condition, or, du moment où un lien de droit quelconque existe entre les parties et fait naître un avantage juridique, l'existence de ce lien et de cet avantage suffit pour justifier l'application du droit proportionnel »².

Retenons l'intention du législateur de frapper l'acte d'ouverture de crédit en lui-même, c'est-à-dire d'un droit spécial. Les raisons de droit invoquées nous semblent très critiquables car elles pourraient aussi bien s'appliquer à toutes les autres promesses qui, elles aussi, font naître un « lien de droit » entre les parties, ainsi

1. Maguéro, V^o « Crédit », N^o 54 ; *J.O.*, 28 juin 1871, p. 1.626.

2. *J.O.*, 28-29 juin, 1^{er} juillet 1871. — *Code manuel*, Maguéro, p. 360, col. 1.

qu'un « avantage juridique ». Or, nous savons que la loi est muette au sujet des autres promesses et qu'elles sont enregistrées au droit fixe des actes innomés.

B. — *Discussion de ces diverses opinions.*

a) *L'intérêt du fisc.* — Nous pensons qu'en effet l'intérêt du fisc, que nos auteurs ont invoqué, a d'abord inspiré le législateur de 1871 ; cela résulte de l'exposé des motifs de la loi.

La réalisation du contrat de prêt échappera très souvent à la surveillance de la Régie.

Il suffit, en effet, d'une simple tradition, du versement d'une somme d'argent¹. Rien de plus facile à dissimuler, mais aussi rien de plus grave aux yeux du fisc puisqu'il s'agit d'un transfert de propriété².

b) *L'exception aux effets de la condition suspensive.* Elle s'expliquerait par la nature même et le caractère du contrat de prêt ; caractère commun d'ailleurs avec le contrat de mariage et la cession d'office.

Pour ces trois contrats, le fisc perçoit le droit proportionnel parce que ces actes ne sont faits *qu'en vue de la condition*. On peut se demander d'ailleurs si, dans ces trois contrats, l'utilisation du crédit, l'agrément de la Chancellerie, la célébration du mariage sont des conditions au sens juridique du mot, c'est-à-dire des modalités accessoires sans lesquelles il y a quand même acte juridique.

En réalité, ce sont des conditions d'existence de ces opérations juridiques.

1. Le prêteur est tenu de transférer la propriété de la chose prêtée, mais c'est plutôt une condition de formation du contrat qu'une véritable obligation (Planiol, II, N° 2.066).

2. Article 1.893, C. civ.

La Régie, en exigeant la perception immédiate d'un droit proportionnel, présume que ces événements vont se produire infailliblement.

Il ne s'agit donc pas de véritables conditions ; c'est ce qui explique l'exception que nous constatons.

On pourrait reprocher à cette explication de ne pas justifier pourquoi, dans le cas du prêt, la restitution du droit perçu sur la promesse n'est pas autorisée, alors qu'elle est permise pour le contrat de mariage et la cession d'office.

Il nous semble qu'on aurait pu donner comme raison que dans notre cas l'événement escompté, la tradition de la chose prêtée, dépendra uniquement du bénéficiaire de la promesse, tandis que dans les deux autres cas il n'en est pas ainsi.

Peut-être aussi que devant la difficulté qu'il y aurait à prouver la non réalisation du prêt, il était plus sage de s'en tenir à un système de forfait.

C. — *Le droit établi par la loi est un droit spécial.*

Si nous examinons les diverses explications que nous venons d'exposer, arrivant toutes à conclure que le droit proportionnel perçu sur l'ouverture de crédit est une anticipation sur le droit qui devra frapper le contrat réalisé, il nous semble que leurs fondements sont également critiquables ; soit qu'elles invoquent l'intérêt fiscal, soit qu'elles s'appuient sur la théorie de la condition suspensive, en considérant une condition qui, véritablement, n'en serait pas une.

Il nous paraît, au contraire, que le droit établi par la loi de 1871 prétend frapper d'une manière spéciale, et en lui-même, le contrat d'ouverture de crédit.

Nous sommes en cela d'accord avec le rapporteur du projet de loi, M. Mathieu-Bodet, qui, dans son rapport du 29 juillet 1871 (*J.O.*, du 12 août) s'exprime ainsi : « ne
« pouvant pas exiger le droit d'obligation de 1 %,
« puisque le contrat ne constate pas l'existence d'une
« obligation de somme actuelle, le Gouvernement pro-
« pose de créer *un droit spécial* de 0,50 % sur la promesse
« de prêter... La commission approuve cette disposi-
« tion »¹.

a). Nous y voyons l'application d'un grand principe de notre droit fiscal à la faveur de la nature spéciale du contrat de prêt considéré en pur droit civil.

N'est-ce pas, en effet, *une apparence* que la loi a taxée, apparence dérivant de la nature même de notre contrat.

N'y a-t-il pas un état de fait suffisamment précis pour justifier une telle apparence, lorsque le transfert de propriété ne dépend, uniquement, que de la remise matérielle d'un objet ?

b). La réponse ne nous semble pas douteuse. Si nous comparons le contrat de prêt, qui nous occupe, aux divers contrats consensuels précédemment étudiés : il nous apparaît une différence d'où résulte, uniquement, la différence de traitement réservée par la loi fiscale, à la promesse de prêt.

Lorsqu'au début de ce chapitre², nous examinions les caractères des diverses promesses en raison des contrats auxquels elles s'appliquent, nous avons vu qu'il fallait classer ensemble le dépôt, le gage et le prêt ; ces trois contrats ayant un caractère commun, celui d'être des contrats réels.

1. *J.E.*, 1913, 28.839.

2. *Supra*, p. 16.

« D'après¹ la théorie classique, la nature des choses
« exige quelquefois pour la formation du contrat un
« élément autre que le consentement. Il en est ainsi dans
« le commodat ou prêt à usage, dans le prêt de consom-
« mation et dans tous les contrats qui font naître
« l'action en restitution d'une valeur fournie.

« Cette obligation ne peut prendre naissance, et par
« conséquent le contrat ne peut se former que par la
« fourniture de la valeur à restituer ; tant que cette
« prestation n'a pas eu lieu, le futur débiteur ne peut pas
« être obligé à rendre quoi que ce soit ; que réclamerait-on
« à un dépositaire à qui on n'aurait rien confié ? C'est
« donc la *res praestita* qui vaut formation du contrat
« et on dit que le contrat se forme *re* ».

Contrairement à ce qui se passait pour les contrats consensuels dont nous avons étudié les promesses, la promesse de prêt contient tous les éléments de consentement nécessaires à la formation du contrat de prêt qui est un contrat réel unilatéral. Pour sa réalisation définitive, il ne manquera qu'un fait, la remise de la chose promise.

L'obligation du bénéficiaire ne prend naissance qu'au moment de la tradition de la chose promise, au moment précis où s'éteint l'obligation de donner conditionnelle résultant pour le promettant du contrat d'ouverture de crédit. Nous aurons alors le contrat de prêt.

Nous disons bien obligation conditionnelle du promettant, ce qui est bien différent de la notion de contrat conditionnel de prêt, invoquée par les partisans du droit proportionnel anticipé.

Nous avons donc, dans l'ouverture de crédit, un contrat

1. Planiol, *Droit civil*, t. II, N° 995.

unilatéral d'où résulte une obligation de donner, qui se transformera, par l'accomplissement d'un fait, en contrat de prêt entraînant, sans un nouvel accord des parties, mutation de propriété. C'est pourquoi il en résulte une situation de fait qui devait entraîner le législateur fiscal à frapper un tel contrat d'un droit proportionnel spécial.

Dans les promesses de contrats consensuels nous avons, au contraire, des contrats unilatéraux n'entraînant pour le promettant qu'une obligation de faire, la réalisation du contrat étant soumise à une nouvelle manifestation expresse de volonté du bénéficiaire. Dans ce cas, nous avons constaté que la loi fiscale restait muette, laissant de tels contrats dans la catégorie des actes innomés.

Il résulte de la réunion des éléments volontaires réalisée dans l'ouverture de crédit, que c'est ce contrat qui formera le titre de la perception définitive¹, c'est absolument logique et il ne semble pas qu'il puisse en être autrement.

Dans les promesses de contrats consensuels, au contraire, c'était seulement l'acceptation du bénéficiaire qui formait le titre donnant lieu à la perception du droit proportionnel.

Nous voyons là une nouvelle raison permettant de justifier l'application faite par le fisc de la notion d'apparence. A cette théorie du droit spécial frappant l'ouverture de crédit, ne pourrait-on objecter que, dans certains cas, ce contrat échappe à toute perception²; et que c'est précisément lorsque le contrat de prêt devant suivre l'ouverture de crédit ne sera pas, lui-même, passible du droit proportionnel.

1. Maguéro.

2. V. *supra*, p. 64.

Il semblerait qu'il y ait là un argument décisif en faveur de l'anticipation. Cependant la théorie de l'apparence justifie parfaitement cette manière de procéder.

La promesse étant taxée d'un droit proportionnel en raison de l'apparence qu'elle présente de la réalisation du contrat définitif, elle ne peut pas être plus taxée que ce contrat.

Si donc il échappe au droit proportionnel, la promesse doit aussi en être exempte.

c). Il nous reste à montrer que l'imputation édictée par l'article 369, alinéa 2, n'est pas incompatible avec la notion de droit spécial.

Nous trouvons ici l'application d'une importante règle de notre droit fiscal : c'est qu'un même fait ne peut être taxé deux fois, c'est la règle *non bis in idem*.

L'obligation de somme d'argent ou la mutation de propriété résultant du contrat de prêt réalisé a déjà été taxée au moment de l'ouverture de crédit en invoquant l'apparence. Si donc la réalisation, devant être enregistrée, se trouve taxée au droit proportionnel intégral, nous aurons deux perceptions à l'occasion d'un même fait générateur. Leur total ne devra pas dépasser le maximum prévu par la loi pour ce fait générateur ; *non bis in idem*, la perception antérieure devra être imputée sur la seconde. La liquidation des droits définitivement dus devant se faire d'après la nature du contrat définitif.

C'est en effet, ce qui est ordonné par la loi de 1871 ¹.

1. Loi de 1871, C.E., 369, alinéa 2. Le droit commun dans la théorie de la condition est que le droit fixe perçu sur le contrat *pendente conditione* n'est pas un acompte et qu'il n'est pas imputé sur le droit proportionnel perçu à l'arrivée de la condition (Décision du ministre des Finances, 3 août 1852) ; mais dans notre cas, il ne s'agit pas d'un droit fixe et il n'y a qu'un seul fait générateur.

Qu'arrivera-t-il si le bénéficiaire ne faisant pas usage du prêt, la promesse devient caduque ?

Le fait générateur ne se produisant pas, pourra-t-on réclamer la restitution du droit proportionnel régulièrement perçu sur la promesse ?

Pour le contrat de mariage, la décision ministérielle du 5 juin 1808 (il n'y a pas de loi) autorise la restitution lorsqu'il n'est pas suivi par la célébration du mariage.

Dans la cession d'office ministériel, s'il n'y a pas agrément par la Chancellerie la restitution des droits perçus est autorisée par l'article 14 de la loi du 25 juin 1841 (art. 293, C.E.).

Pour l'ouverture de crédit non suivie d'usage, rien. La restitution n'est pas admise.

Si l'on admet que dans les deux premiers cas nous n'avions qu'une perception anticipée du droit proportionnel et que, dans le troisième cas, celui de l'ouverture de crédit, nous avons la perception d'un droit spécial, la différence de régime s'explique immédiatement.

Donc pas de restitution dans notre cas parce que droit spécial régulièrement perçu¹.

d). Nous avons vu que le gage et le dépôt sont, comme le prêt, des contrats réels, il semble donc intéressant, pour vérifier notre théorie, de rechercher très rapidement quel sort a été réservé aux promesses de gage et de dépôt par la loi fiscale et d'expliquer, s'il y a lieu, les différences que nous pourrions constater.

Voyons d'abord ce qui concerne les contrats eux-mêmes.

Pour le gage, aucune disposition spéciale donc, dans

1. *J.E.*, 1913, 28.839.

les cas où il y aura lieu à perception, c'est le droit fixe des actes innomés qui sera réclamé.

Pour le dépôt, deux dispositions concernant le dépôt de somme d'argent : dans le cas de dépôt chez des particuliers le droit d'obligation est perçu¹ ; si le dépôt est fait chez un officier public et qu'il soit pur et simple, droit fixe de 22 fr. 50².

Nous constatons que, sauf l'exception du dépôt de somme d'argent chez des particuliers, les contrats de dépôt et de gage sont enregistrés au droit fixe. Ils n'entraînent pas, en effet, mutation de propriété. Leurs promesses ne pouvaient donc pas inquiéter le législateur qui, pour cette raison, ne s'est pas préoccupé de prendre à leur égard des dispositions spéciales.

Quant à l'exception, elle concerne un acte qui ressemble étrangement au prêt. Il était bien naturel qu'un droit proportionnel d'obligation soit exigé. Il paraît bien probable que, dans le cas visé par l'article 423 du Code de l'enregistrement, la promesse de dépôt serait assimilée par l'Administration à l'ouverture de crédit.

Nous n'avons pas découvert de jurisprudence à ce sujet et nous ne pouvons émettre qu'une supposition.

Rien dans le régime fiscal de ces deux autres contrats réels ne peut donc fournir d'argument contre la théorie de l'ouverture de crédit que nous venons d'exposer.

Constatons que dans l'élaboration de la loi de 1871 le législateur, qui ne paraît pas avoir parfaitement discerné les raisons profondes de sa décision, a été bien guidé par son instinct. Les dispositions prises par lui concernant

1. Article 423, C.E., loi 22 frimaire an VII, article 69, § 3, N° 3.

2. Article 327, N° 24, C.E. ; loi 22 frimaire an VII, article 68, § 1, N° 27 ; loi du 26 avril 1816, article 43, N° 11 ; loi du 28 février 1872, article 4.

l'ouverture de crédit se trouvent être parfaitement en rapport avec la nature profonde de ce contrat, abstraction faite de toute considération fiscale.

§ 3. Perception. Cas particuliers

Nous n'avons pas l'intention de refaire ici une étude complète de l'ouverture de crédit, nous risquerions fort de ne produire qu'une pure compilation, cette étude se trouvant faite très complètement dans les ouvrages spéciaux¹ et la jurisprudence paraissant bien fixée au sujet de notre contrat.

Nous nous bornerons donc à relever ici les points qui nous paraîtront les plus intéressants pour notre travail.

Le droit de 0,75 % sera perçu sur toutes les ouvertures de crédit « sans exception »², puisque la loi n'en fait point. Il faudra cependant que le contrat définitif soit taxable au droit proportionnel³.

1. Voir notamment Maguéro, V° « Crédit ».

2. Maguéro, V° « Crédit », N° 12.

3. Voir *supra* p. 64. Signalons un cas d'espèce où la jurisprudence s'est prononcée pour l'application d'un autre tarif.

Dans un jugement du 22 janvier 1931, le Tribunal de Pont-L'Évêque (*R.E.*, 9.512) a décidé que le droit de 3 % (loi du 31 décembre 1921) aujourd'hui 4 % (article 424, C.E.) était applicable à une ouverture de crédit dans le cas où le crédit ouvert est garanti par une affectation hypothécaire et où les parties ont prévu la création de billets souscrit par le crédité à l'ordre du créateur, en représentation des avances consenties.

L'article 424 du C.E. ne vise que « les actes d'obligations hypothécaires nominatives, lorsqu'ils constatent ou autorisent la création de billets à ordre en représentation des dites obligations ».

Le tribunal aurait donc étendu aux ouvertures de crédit les dispositions de la loi fiscale précitée. Cette décision nous paraît osée, étant donné que la loi fiscale doit être d'interprétation étroite, ses dispositions ne pouvant être étendues au delà de ce qui est fixé par le texte.

« Attendu, dit le tribunal, que l'acte notarié du 22 août 1927 remplit exactement les conditions prévues par l'article 24 de la loi du 31 décembre 1921 puisque le crédit ouvert est garanti par une affectation hypothécaire et que les parties ont prévu la création par la société créditée au profit de L., de billets à ordre en représentation des avances consenties; qu'il importe peu que les ouvertures de crédit n'aient pas été nommément comprises dans l'énonciation des contrats visés par le texte;

Dans tous les cas où le crédité s'obligerait à faire usage du crédit, le contrat d'obligation pur et simple serait formé et le droit proportionnel afférent à ce contrat deviendrait exigible immédiatement.

Lorsque la promesse de prêter a pour contre-partie l'engagement d'emprunter de la part du bénéficiaire, et lorsqu'un terme certain est fixé pour le versement des fonds, l'Administration soutient que la convention est immédiatement passible du droit d'obligation de 1,50 %. La Cour de cassation a donné raison, en pareil cas, à l'Administration ¹.

Les auteurs du *Traité alphabétique* rapportent à ce sujet les opinions de Naquet et de Dalloz ².

Le premier, se fondant sur ce que le prêt est un contrat réel qui ne devient parfait que par la tradition des deniers, prétendait que la promesse de prêt ne pouvait être obligatoire ³.

Le second ⁴, dans son supplément, paraît partager l'opinion de Naquet et ranger parmi les ouvertures de crédit pures et simples les promesses de prêter et d'emprunter acceptées de part et d'autre.

Cependant, dans le *Répertoire* (N° 1.348), il distingue parmi les promesses synallagmatiques de prêt, celles qui sont soumises à une éventualité quelconque, des promesses fermes de part et d'autre et parfaites dès la signature du contrat, un terme étant seulement stipulé pour la remise des deniers. Dans ce cas, le terme ne suspendant

« que, d'ailleurs, la jurisprudence se basant sur la nature juridique de ce contrat s'est bornée à lui appliquer le tarif prévu pour les obligations de toute nature ».

1. Civ. 5 mars 1873, Inst. 2.468, § 5, p. 42 et 44 à 57.

2. Maguéro, V° « Obligation », N° 81.

3. 2° édit., t. II, N° 449.

4. *Répertoire*, supplément, N°s 569 et 738.

pas la formation du lien de droit, le contrat est formé. Nous pensons que c'est la véritable explication juridique de ce contrat. En suivant la théorie de Naquet, il n'y aurait donc qu'une simple ouverture de crédit passible seulement du droit spécial de l'article 369 du Code de l'enregistrement.

Au contraire, d'après la dernière opinion de Dalloz, c'est bien le droit d'obligation qui est exigible, ainsi que la Cour de cassation l'a décidé, conformément aux prétentions de l'Administration.

D'après les conventions des parties, l'obligation du créancier peut être conditionnelle. Dans ce cas, la jurisprudence et l'Administration sont d'accord pour admettre, selon les principes du droit commun, la perception du droit fixe¹.

Si l'engagement du prêteur étant ferme, il y a ouverture d'un compte courant, le droit d'ouverture de crédit sera immédiatement perçu.

Lors de la réalisation du crédit², il y aura lieu de rechercher la véritable nature de l'opération, c'est-à-dire si l'on se trouve en présence d'un compte courant dont le solde sera seul taxable, ou bien s'il y a eu une série d'avances pures et simples rendant le crédit immédiatement débiteur de la somme reçue et dont le total sera passible du droit proportionnel de prêt³.

Le contrat de compte courant. — Mais il peut arriver que l'engagement du créancier soit lui-même éventuel, il y a seulement entre les parties une convention aux termes de laquelle elles établissent entre elles un *compte*

1 et 3. Maguéro, V° « Crédit », N° 12.

2. Nous reprendrons cette question plus loin en traitant de la réalisation.

courant sans indication d'un crédit quelconque que l'une doive faire à l'autre.

Ce qui est certain, c'est qu'un tel acte n'a pas le caractère d'une ouverture de crédit et qu'il n'est pas passible du droit de 0,75 %¹.

Les auteurs du *Traité alphabétique* donnent une formule dans laquelle se trouve stipulée une garantie (hypothèque ou nantissement)².

Il est très probable que cette convention sert à dissimuler une ouverture de crédit pouvant s'élever à la somme garantie.

Mais il faut reconnaître que le plus souvent la Régie se trouve dans l'impossibilité de faire redresser l'acte mal qualifié, pour le soumettre à la perception du droit proportionnel.

D'après les mêmes auteurs, nous indiquons la seule façon de procéder :

1° Il faudrait pouvoir démontrer : « que si l'engagement du créiteur n'est pas pur et simple, il ne peut être que purement potestatif, donc nul en tant que constitutif d'hypothèque ou de nantissement ».

2° Cette preuve faite, la Régie s'appuyant sur l'article 1157 du Code civil, « une convention doit s'interpréter dans le sens avec lequel elle peut avoir quelque effet », pourrait sans peine démontrer que sous l'apparence d'une obligation purement potestative de la part du créiteur, l'acte dissimule un engagement actuel de prêter jusqu'à une certaine somme déterminée.

1. « Par suite il ne saurait être question de réclamer un complément de droit pour la réalisation du crédit, alors même qu'elle serait établie et hors le cas d'usage par acte public ou en justice d'un écrit la constatant » (Maguéro, V° « Crédit », N° 3).

2. Maguéro, V° « Crédit », N° 3.

« Mais il est très rare, ajoutent-ils, qu'un engagement
« soit purement potestatif, il est soumis presque tou-
« jours à des éléments étrangers à la volonté de l'homme
« qui, lorsque cet engagement n'est pas pur et simple lui
« donnent le caractère éventuel. Or un engagement
« éventuel est valable et les parties sont fondées à pré-
« tendre que l'engagement du créiteur dans le contrat
« d'ouverture de compte courant est, non pas potestatif,
« mais éventuel.

« Tel est d'ailleurs le cas de l'engagement du crédité
« dans le contrat d'ouverture de crédit, l'obligation de
« rembourser quoique éventuelle est valable et cette
« validité s'étend à l'hypothèque ».

Délai. — L'Administration, d'après la thèse qu'elle
a soutenue dans son Instruction N° 3.554, page 4, voit
dans l'ouverture de crédit un contrat synallagmatique
imparfait, l'obligation du crédité ne devant prendre
naissance qu'à la suite du fait de la remise de la chose
promise, et, s'appuyant sur l'avis unanime des auteurs,
d'après lequel les contrats synallagmatiques imparfaits
sont rangés dans la catégorie des contrats unilatéraux,
elle ajoute : « La convention, au moment où elle se forme,
« ne crée qu'une obligation, n'oblige qu'une des parties,
« elle ne saurait changer de nature par suite d'un fait
« postérieur ».

Il nous semble que l'appel fait à la notion de contrat
synallagmatique imparfait ne serait utile que pour
définir le contrat de prêt.

Il nous paraît résulter, à l'évidence, de ce qui précède
que l'ouverture de crédit est tout simplement un contrat
unilatéral. Lorsque la remise de la chose promise a lieu,
le contrat prend fin, l'obligation du créiteur s'éteint

en même temps que se forme le contrat de prêt, et que prend naissance l'obligation du crédit.

Mais ce qui importe c'est la reconnaissance par l'Administration du caractère unilatéral de notre contrat, et par suite de la non application à son égard de l'article 99 du Code de l'enregistrement, qui prescrit l'enregistrement dans un délai de trois mois des actes sous seing privé constatant des conventions synallagmatiques¹.

Donc, pas de délai de rigueur pour enregistrer ; l'obligation n'existera que dans le cas d'usage par acte public, en justice ou devant une autorité constituée, ce qui sera assez fréquent, les ouvertures de crédit étant très souvent accompagnées d'une garantie hypothécaire ou d'un nantissement.

Nous allons voir que la réalisation d'une ouverture de crédit peut rendre obligatoire l'enregistrement du titre, dans les trois mois, si cette réalisation a lieu en marchandises.

1. A noter cependant d'après l'ouvrage de Maguéro, 3^e édit., V^o « Crédit », N^o 2, le jugement du 11 mai 1925 du Tribunal de Nancy, confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1927 (*R.E.*, 8.650, D.H., 1927, p. 22), d'après lequel une ouverture de crédit garantie par un dépôt de titres en nantissement serait considérée comme constituant un contrat synallagmatique. D'après les motifs de cet arrêt, il semble que la Cour, ainsi que le tribunal, aient méconnu la règle d'après laquelle le caractère d'un contrat s'apprécie au moment de sa formation et qu'ils aient envisagé au même instant le contrat lors de sa formation et au moment de sa réalisation.

A remarquer cependant l'existence du nantissement sur titres.

Ce fait a dû peser sur la décision des juges comme devant laisser présumer la réalisation antérieure à la rédaction de l'acte.

Il semble qu'il y ait là un cas d'espèce dont il n'y a pas lieu de tirer une conclusion d'ordre général.

SECTION II

RÉALISATION DE LA PROMESSE

§ 1. *Tarif. Cas particuliers*

La réalisation de la promesse de prêt s'effectue par la remise au bénéficiaire de la somme ou de l'objet promis.

Le contrat de prêt se trouvant formé, le droit proportionnel afférent à sa nature devient immédiatement exigible, si l'ouverture de crédit a été enregistrée. Mais le titre étant enregistré, puisque c'est l'ouverture de crédit, c'est sur ce titre que le droit est exigible et il sera liquidé comme si l'acte primitif avait été pur et simple ¹.

La loi applicable sera, toujours pour la même raison, celle de la date du titre, c'est-à-dire de l'ouverture de crédit ².

Cependant le droit proportionnel à appliquer dépendra de la nature de l'opération.

S'il s'agit d'une somme d'argent, ce sera le droit d'obligation de 1,50 % (C.E., art. 423) sur le montant de la somme prêtée.

S'il s'agit de marchandises, ce sera le droit de vente mobilière de 7 % sur leur valeur ³.

Le droit de 0,75 %, perçu sur l'ouverture de crédit sera imputé sur le montant des droits liquidés, sur le contrat définitif, ainsi que nous l'avons vu (C.E., art. 369, al. 2).

S'il n'y a que réalisation partielle, il y aura lieu de calculer un prorata ⁴.

1. Maguéro, V° « Crédit », N° 22 ; Wahl, p. 427.

2. Maguéro, V° « Crédit », N° 23.

3. Maguéro, V° « Crédit », N° 24.

4. Maguéro, V° « Crédit », N° 25 ; Sol. 4 juillet 1878, J.E., 20.741.

Crédit dépassé. — Lorsque le crédit est dépassé, le droit de réalisation ne saurait être liquidé sur un capital supérieur à la somme prévue à l'ouverture, qui est le titre des parties.

Il faudrait pour cela une reconnaissance expresse de dette, pouvant résulter, si le crédit est ouvert en espèces, d'une déclaration unilatérale du crédité.

Au contraire, si le crédit est ouvert en marchandises, il faudrait le titre d'une vente mobilière, donc une reconnaissance émanant des deux parties¹.

Le supplément de droit ne peut être réclamé au notaire devant lequel aurait été passé le contrat d'ouverture de crédit².

La réalisation de contrat de prêt, par la remise des fonds ou de l'objet promis, se fera presque toujours hors la présence et à l'insu de l'officier ministériel. Il est évident que ce dernier n'ayant aucun moyen de contrôle ne peut être rendu responsable du paiement des droits. Par contre, la jurisprudence est unanime à déclarer la solidarité du crédité et du créancier³.

Crédit réalisable au moyen de billets à ordre. — Lorsque l'ouverture de crédit est garantie par une hypothèque et que le crédit est réalisable au moyen de billets à ordre, l'Administration prétend que la loi du 31 décembre 1921 (art. 24), (C.E., 424), concernant les obligations hypothécaires nominatives autorisant ou constatant la création de billets à ordres en représentation des dites obligations, doit s'appliquer.

En conséquence, le droit exigible, lors de la réalisation

1. Maguéro, V° « Crédit », N° 29.

2. Maguéro, V° « Crédit », N° 53.

3. Maguéro, V° « Crédit », N° 53.

du crédit, serait de 4 % avec imputation du droit perçu lors de l'enregistrement de la promesse¹.

Acte constatant la réalisation soumis à l'enregistrement.

— Du principe que le titre de l'exigibilité du droit réside uniquement dans l'acte d'ouverture de crédit, il résulte que si la réalisation est constatée dans un acte particulier soumis à la formalité, le droit auquel ce contrat donne ouverture suivant sa nature est indépendant de celui qui frappe la réalisation du crédit. Les deux titres ayant été enregistrés, les deux droits doivent être perçus cumulativement². Quel sera le bureau compétent pour faire la recette du droit de la réalisation ?

En règle générale, le recouvrement de la recette appartient au receveur qui a enregistré l'acte d'ouverture de crédit. Cela résulte de ce que le droit exigible pour la réalisation est dû sur l'acte d'ouverture de crédit (Solution, 11 novembre 1867).

Mais il en est autrement si la réalisation est constatée d'une façon formelle et précise dans un contrat présenté à la formalité de l'enregistrement (Inst., 2.096, § 11).

D'après cette Instruction, les receveurs doivent s'attacher à distinguer si la réalisation résulte d'une reconnaissance expresse pouvant former titre entre les parties ou, au contraire, d'un acte qui la fait simplement supposer.

Dans le premier cas seulement, le droit proportionnel sera perçu sur le contrat révélateur de la réalisation³.

Réalisation de crédit en compte courant. — Lorsque le crédit est réalisé par l'ouverture d'un compte courant,

1. R. M. à M. Adenis, *R.E.*, 8.131-VII ; Seine, 14 janvier 1927, *R.E.*, 8.639 ; Maguéro, V° « Crédit », N° 34.

2. Maguéro, V° « Crédit », N° 32.

3. Maguéro, V° « Crédit », N° 58.

une difficulté se présente pour savoir quelle somme doit être taxée. Plusieurs solutions peuvent être envisagées. On pourrait en effet, taxer :

1^o le solde du compte courant au moment où il est arrêté,

2^o le total des sommes figurant au débit du compte courant,

3^o ou seulement la somme la plus forte à laquelle a pu s'élever la balance du compte courant.

Pour décider, il y a lieu de se livrer à un examen détaillé et approfondi du contrat d'ouverture de crédit ainsi que des opérations conclues à la suite et en vertu de cette convention. Après cet examen, il faudra distinguer si on se trouve en présence d'un véritable compte courant ou si, au contraire, il n'y a qu'une apparence de compte courant se ramenant à une ouverture de crédit ordinaire. Nous allons examiner ces deux éventualités.

Premier cas : le faux compte courant revenant à l'ouverture de crédit ordinaire. — « En cas d'ouverture¹ de « crédit ordinaire, le crédit qui a obtenu la totalité de « la somme pour laquelle le crédit lui a été ouvert a « épuisé le bénéfice de son contrat ; ... même s'il s'est « réservé la faculté de procéder à des remboursements « partiels et anticipés (c'est le cas du faux compte courant), il ne pourrait pas invoquer de semblables remboursements pour exiger ensuite, à due concurrence, « de nouvelles avances, sous prétexte que celles-ci, grâce « à ses précédents remboursements anticipés, resteraient « encore dans la limite maximum du crédit consenti par « l'acte d'ouverture.

1. Fargeaud, « Le compte courant et l'hypothèque », *J. des N.*, 1933, 37.519, p. 345.

« Les avances faites par le créiteur ayant éteint les obligations lui incombant en vertu du contrat d'ouverture de crédit, les remboursements partiels du crédit, par le simple jeu des principes du droit commun, auraient en effet éteint également, à due concurrence, les obligations de ce derniers, nées du même contrat, et il ne serait plus au pouvoir des parties de faire revivre ensuite les obligations ainsi éteintes; un nouveau contrat, générateur d'une obligation nouvelle, serait donc nécessaire si l'emprunteur désirait obtenir d'autres avances ».

Nous trouvons ici nettement exposée la nature de l'ouverture de crédit réalisée au moyen du faux compte courant. Dans ce cas, l'objet principal du contrat est un emprunt et le compte courant n'est en réalité qu'un simple compte de créancier à débiteur.

En conséquence, dans le cas envisagé, la somme des avances faites est taxable au droit proportionnel de réalisation, sans qu'il y ait à tenir compte des remboursements effectués.

Les droits sont acquis au Trésor par le fait de chacun des versements du créiteur. S'il y a eu des encaissements, ils ne peuvent être considérés que comme le remboursement de la portion du crédit antérieurement réalisé et restent, par suite, sans influence sur l'exigibilité du droit auquel cette réalisation partielle avait déjà donné naissance¹.

La difficulté sera évidemment de caractériser la nature véritable de l'opération.

Dans une espèce soumise au Tribunal de Bordeaux,

1. Maguéro, V^o « Crédit en compte courant », N^o 30 et jurisprudence citée.

qui a rendu son jugement le 4 décembre 1935¹, il s'agissait d'un acte notarié de compte courant avec garantie hypothécaire. La Régie prétendait qu'on était en présence d'une simple ouverture de crédit rendant exigible le droit de 1,50 % sur le montant de crédit réalisé.

Le tribunal, ayant jugé que l'acte qualifié compte courant n'en possédait pas en réalité le caractère essentiel qui est la réciprocité des remises, a donné raison à l'Administration. La clause suivante, dit-il, est incompatible avec la nature du compte-courant :

« ... que les opérations que M.... ferait avec la caisse
« seraient comprises dans ces conventions² et que, par
« le fait de leur inscription au compte, elles se trouve-
« raient garanties par les sûretés affectées aux effets
« dudit contrat ».

Deuxième cas : le véritable compte courant. — « Si, au
« contraire³, l'ouverture de crédit a été consentie en
« *compte courant*, les versements que le créiteur effectue
« à la demande du crédit en exécution de l'engagement
« qu'il a pris dans l'acte d'ouverture de crédit, ne sont
« pas des avances : ce sont des remises, sans caractère
« juridique spécial ; et ceux que le crédit lui fait ensuite
« ne sont pas des remboursements partiels, mais encore
« de simples remises ; en sorte que par ces derniers verse-
« ments qui tendent à ramener à égalité le poste « crédit »
« et le poste « débit » de son compte, le crédit se donne
« la possibilité d'exiger *plus tard et selon ses besoins* de
« nouvelles remises de son créiteur, sous la seule condi-
« tion que, par l'effet de ces remises ultérieures, ce der-
« nier ne risque pas de se trouver à découvert d'une

1. R.E., 1936, 35.189.

2. Compte courant avec garantie hypothécaire.

3. Fargeaud, article du J. des N., déjà cité.

« somme supérieure au crédit qu'il s'est engagé à fournir
« dans le contrat initial ».

Dans ce cas, du véritable compte courant, le droit de 1,50 % n'est exigible que sur le résultat de la balance définitive du compte qui, seul, fixe le chiffre de l'obligation du crédit, et non sur le chiffre le plus élevé atteint à un moment donné par le découvert¹.

Selon le droit commun, en la matière, l'impôt n'est exigible que sur le montant du crédit ouvert, même si le solde du compte excède ce montant².

En somme il y aura lieu, dans les deux cas, à une appréciation de fait, souvent délicate, sans qu'il soit possible de formuler, à ce sujet, de règle précise. La Cour de cassation a rendu, sur cette matière, le 2 juillet 1890, quatre arrêts bien connus qui ont fixé la jurisprudence dans le sens que nous venons d'indiquer³.

§ 2. Délai

Quant au délai pour enregistrer la réalisation, il faut distinguer si cette réalisation a lieu en espèces ou en marchandises. Si elle a lieu en espèces, le prêt, étant un contrat unilatéral, n'est pas obligatoirement enregistré dans les trois mois de sa date. Donc si le titre, c'est-à-dire l'ouverture de crédit, n'a pas été enregistré, la réalisation en espèces ne le rend pas obligatoirement enregistrable. Si elle a été enregistrée, sa réalisation doit être déclarée ou enregistrée dans les trois mois, l'acte étant sensé constater dès l'origine un prêt d'espèces.

1. Maguéro, V° « Crédit en compte courant », N° 30 ; Alger, 17 octobre 1918, *R.E.*, 6.861.

2. Voir *supra* : « Crédit dépassé », p. 71.

3. Cités par Maguéro, D., 1891-1-377, (Inst. 2.798, § 3-V).

Il n'en serait pas de même si la réalisation avait lieu en marchandises. Il y aurait, alors, une véritable vente mobilière rendant obligatoire l'enregistrement du titre qui la constate, c'est-à-dire l'ouverture de crédit, et le paiement du droit de mutation sur la valeur des marchandises prêtées.

Cette obligation ne concerne que le crédit prévu au titre, soit, dans le contrat d'ouverture de crédit¹.

Si cette somme a été dépassée, l'excédent ne sera taxé que s'il fait l'objet d'une reconnaissance de dette¹.

§ 3. *Preuve*

Etant donné l'obligation de faire enregistrer la réalisation dans un délai déterminé, la Régie peut faire la preuve de cette réalisation dans le but de poursuivre le paiement des droits dont cette opération est passible.

La loi étant muette à cet égard, ce sont les règles du droit commun en matière d'enregistrement qui seront appliquées. Tous les moyens compatibles avec la procédure écrite pourront donc être employés².

De nombreux cas d'espèce sont cités dans le *Traité alphabétique*, nous insisterons seulement sur la preuve tirée du renouvellement de l'inscription hypothécaire prise en garantie d'une ouverture de crédit ou de son transfert sur un autre immeuble, à l'expiration de la période décennale.

C'est là un acte dans lequel l'Administration voit la preuve de la réalisation du crédit.

Elle est appuyée par une jurisprudence constante³

1. Maguéro, V° « Crédit », N° 29.

2. Maguéro, V° « Crédit », N° 36.

3. Maguéro, 2^e édit., V° « Crédit », N° 49-1^o.

dont nous trouvons une confirmation récente dans un jugement du Tribunal de Bordeaux du 16 février 1925¹.

Il reconnaît d'abord le droit pour l'Administration de prouver la réalisation d'une ouverture de crédit par tous les moyens compatibles avec la procédure écrite. Il déclare ensuite la preuve suffisamment établie par l'existence d'un bordereau d'inscription hypothécaire prise en renouvellement de l'inscription primitive, ce bordereau énonçant que la créance est exigible.

Et le tribunal en tire la conclusion que la réclamation, faite par la Régie, du complément de droit, en vertu de l'article 5 de la loi du 23 août 1871, est fondée.

§ 4. *Restitution*

Nous rappelons pour mémoire, ayant déjà étudié cette question², que, par application de la règle générale établie par l'article 282 du Code de l'enregistrement (art. 60 de la loi de frimaire), le droit proportionnel perçu sur l'ouverture de crédit est définitivement acquis au Trésor et n'est jamais restitué alors même que l'ouverture de crédit ne serait pas réalisée.

§ 5. *Surveillance de la réalisation*

Les agents de l'Enregistrement sont tenus de consigner au sommier de surveillance tous les articles dont l'*apurement est subordonné à des événements ultérieurs*, et notamment tous les actes enregistrés au droit fixe, comme étant affectés d'une condition suspensive, et susceptibles de

1. R.E., 8.466-I.

2. *Supra*, p. 72.

donner ouverture au droit proportionnel lors de la réalisation de la condition.

De nombreuses instructions administratives ont rappelé ces prescriptions, au service, dans divers cas particuliers¹.

Lors de leurs opérations de vérification et d'inspection, les agents de contrôle en exerçant le droit de communication tant auprès des administrations publiques que des sociétés et des particuliers recherchent si l'événement ou la condition a été réalisée et, dans ce cas, réclament aussitôt les droits proportionnels exigibles.

Ce système de surveillance concerne notamment les ouvertures de crédit.

Pour elles, nous trouvons une réglementation précise. Rappelons qu'en effet l'acte d'ouverture de crédit forme le titre de la perception qui aura lieu sur sa réalisation ; tandis que pour les autres promesses le titre réside dans l'acte constatant l'acceptation du bénéficiaire.

En se reportant à ce que nous avons dit plus haut, à ce sujet, on comprend parfaitement les raisons qui ont guidé l'Administration.

Dans l'Instruction 2.832, § 5, il était prescrit de porter au sommier de surveillance les actes d'ouverture de crédit, mais seulement dans le cas où les crédits sont ouverts à ou par des sociétés assujetties aux investigations des agents de l'Administration².

L'Instruction 4.065³ complète ces prescriptions en précisant qu'un article doit être ouvert dans le cas où, soit le créateur, soit le crédité sont soumis au droit de

1. Conf. Castillon, *Manuel formulaire, manutention*, 9^e édit., p. 1.007, N^o 720.

2. Maguéro, *Répertoire de manutention*. V^o « Sommiers », N^o 6.

3. *R.E.*, 9.329 ; *J.E.*, 34.125.

communication, notamment en vertu des lois du 31 juillet 1920, article 32 et du 4 avril 1926, article 32¹.

La première vise les commerçants non assujettis au régime du forfait dont le chiffre d'affaire est supérieur à 50.000 francs, la seconde vise l'exercice du droit de communication à l'égard de toutes personnes et de tous établissements exerçant le commerce de banque, en vue du contrôle des impôts dus tant par ces derniers que par des tiers.

Des renvois faits de receveur à receveur ou de conservateur à receveur complètent cette réglementation.

Les premiers concerneront les actes qui peuvent faire connaître la réalisation d'un crédit ouvert et dont les droits n'ont pas été payés, ainsi que tous autres contrats qui peuvent établir l'exigibilité d'un droit non perçu (Instr. 1.716).

Le conservateur fera renvoi au receveur qui a enregistré l'acte de la recette du droit de 0,125 % perçu sur les inscriptions prises en vertu de l'acte d'ouverture de crédit.

Mention de la date de l'inscription et du bureau où elle a été prise est faite, soit en marge de l'enregistrement, soit en marge de l'article du sommier.

De son côté, le receveur, dès que la réalisation totale ou partielle du crédit a été constatée, en informe par un renvoi le conservateur, pour le mettre à même de réclamer le complément de taxe exigible (Instr., 3.018, § 6)².

1. Lorsque le crédit, ajoute l'Instruction, sera consenti à ou par des sociétés ou particuliers, dont le siège ou l'établissement est situé en dehors du bureau où l'acte est enregistré, un renvoi sera fait au bureau du siège social ou de l'établissement.

Ce renvoi sera mentionné sur un tableau spécial ouvert à la fin du sommier de surveillance.

2. Maguéro, *Répertoire de manutention*, V° « Renvoi d'enregistrement », N° 3, 25° et 26°.

APPENDICE

Ouverture de crédit pour construire

Sous son article 10.036-II, *La Revue de l'Enregistrement* commente une Instruction 4.148, § 4, relative aux ouvertures de crédit pour construire, sous ce titre : « Promesse d'ouverture de crédit, promesse de cautionnement ».

Une promesse d'ouverture de crédit est consentie pour construire, à réaliser au moyen de billets à ordre souscrits par le crédité à l'ordre du créateur.

On suppose qu'un acte a été rédigé ou qu'un échange de lettres a eu lieu, entre les parties. Le constructeur souscrit une assurance crédit aux termes de laquelle la compagnie s'oblige, moyennant le paiement de primes, à garantir au créateur le paiement à l'échéance de tous les billets.

De plus le crédité s'engage à consentir au profit de la compagnie d'assurance une affectation hypothécaire en garantie, pour le cas où elle aurait à intervenir.

Ensuite, un acte notarié dans lequel la compagnie réitère la promesse de cautionner est passé pour réaliser l'affectation hypothécaire, suivie de la prise d'inscription.

Quels seront les droits exigibles ?

a). Si des lettres missives ont été échangées, aucun droit à payer conformément au droit commun (Instr., 3554, § 1^{er}, p. 5).

b). Si un contrat a été rédigé, il forme le titre d'obligations réciproques (Cass., 15 mars 1927, Instr., 3.978, § 31-I ; *R.E.*, 8.650) soumis par l'article 12 de la loi du

29 juin 1918 à l'enregistrement, au droit fixe de 22 fr. 50, dans les trois mois de sa date, sauf application ultérieure du droit proportionnel en cas de réalisation de la promesse.

Le contrat « d'assurance-crédit », n'étant pas souscrit par le créancier pour se prémunir contre le risque de non paiement de sa créance, est un cautionnement salarié. Il échappe aux dispositions légales relatives aux assurances et doit être établi sur timbre de dimension ; étant synallagmatique (d'un côté, salaire, de l'autre, promesse de caution), il doit être enregistré dans les trois mois de sa date au droit fixe de 22 fr. 50. Le droit proportionnel de 0,50 % en principal, ne devenant exigible que par la réalisation du crédit et dans la mesure de cette réalisation.

L'acte d'affectation hypothécaire n'est soumis qu'au droit fixe de 22 fr. 50 comme acte de complément et l'inscription prise ne donne pas lieu à la perception de la taxe hypothécaire (loi du 6 messidor, an VII, art. 1^{er}), (article 775 du Code de l'enregistrement).

Cette taxe ne sera due qu'au fur et à mesure des paiements faits par la compagnie en l'acquit du crédit, (loi du 6 messidor, an VII, art. 2), (article 776 du Code de l'enregistrement).

Quant aux diverses prescriptions relatives à la surveillance et au recouvrement des droits, nous ne pouvons que renvoyer au texte même de l'article que nous venons d'analyser, où elles sont indiquées d'une manière très précise.

DEUXIEME PARTIE

QUESTIONS DIVERSES SE RAPPORTANT A L'ÉTUDE DES PROMESSES DE CONTRAT

Rappelons que cette Deuxième Partie sera divisée en trois titres :

Titre premier. — Contestations sur la qualification des promesses de contrat.

Titre II. — Transmission des promesses.

Titre III. — Contrats accessoires et impôts annexes aux droits d'enregistrement.

TITRE PREMIER

CONTESTATIONS SUR LA QUALIFICATION DES PROMESSES DE CONTRAT

Dans notre Première Partie, nous avons supposé que les actes présentés à la formalité étaient incontestablement des promesses et que le receveur ne soulevait et ne pouvait soulever aucune difficulté quant à leur caractère, et par conséquent quant à leur qualification.

Dans ce qui va suivre, au contraire, nous nous appliquerons à rechercher les difficultés qui se rencontrent en pratique, au sujet de la qualification des actes qui nous intéressent.

Soit que le receveur reconnaisse une promesse où les parties n'en avaient pas trouvée, soit que le receveur prétende donner une autre qualification à l'acte que les parties présentaient comme une promesse.

Nous diviserons cette étude en deux chapitres.

Dans le chapitre premier nous passerons en revue les diverses promesses rencontrées dans la pratique.

Dans le chapitre II, nous nous proposons d'étudier les diverses modalités susceptibles d'influer sur la perception des droits et même de s'opposer à leur perception.

En appendices, nous verrons ce qui concerne :

I. La prescription, II. Les promesses verbales, III. Le pacte de préférence.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE DES DIVERSES PROMESSES

Le droit de prouver l'inexactitude d'une qualification est incontestablement reconnu à la Régie. Mais il faut que les clauses du contrat comportent certaines ambiguïtés ou qu'elles soient en contradiction avec la nature intime de l'opération.

Par suite, quand une promesse apparaît comme sincère dans la dénomination que les parties lui ont donnée et dans la rédaction de ses clauses, l'Administration ne devra pas pouvoir démontrer qu'elle dissimule un autre acte.

C'est simplement l'application de notre droit commun dont le principe a été admis explicitement par l'Administration, dans l'Instruction N° 2.468, § 4, page 30, où il est notamment écrit :

« Les agents de la perception sont des tiers, ils n'ont
« jamais à intervenir pour opérer dans les conventions,
« des additions ou des changements ».

On sait que c'est sur la qualification de la nature juridique de l'acte que l'on rencontre le plus fréquemment les dissimulations et les fausses qualifications.

Le contribuable se dérobe devant les formes juridiques d'actes qui sont plus lourdement frappées. Cependant il ne lui est pas possible de le faire complètement, car il existe des types de conventions rentrant dans des catégories rigides qui s'imposent aux parties, malgré la liberté des conventions.

Nous allons précisément pouvoir constater que les promesses ont très souvent servi à dissimuler la vente,

soit qu'elles aient été faites pures et simples, soit qu'elles accompagnent un contrat de louage. Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons déjà écrit pour en donner les raisons profondes¹.

Notre source sera spécialement la jurisprudence. C'est surtout dans les décisions de justice, sanctionnant un litige entre particuliers ou une poursuite intentée par l'Administration, que nous trouverons les éléments de notre étude. Nous donnerons notre préférence aux secondes, en remarquant cependant que les premières sont aussi fort intéressantes au point de vue fiscal, puisqu'elles autorisent la perception de droits qui n'aurait pas été faite sur l'acte avant son redressement.

Rappelons² que les modes de preuve autorisés sont tous ceux de droit commun en matière fiscale, y compris les présomptions « graves, précises et concordantes » tirées de l'acte lui-même ou des circonstances extrin-
« sèques ».

Ils ne comportent pas la preuve testimoniale, l'article 183 du Code de l'enregistrement réservant expressément l'usage de ce mode de preuve pour les dissimulations.

Ce chapitre sera divisé en trois sections :

la première section sera réservée à l'étude des promesses de vente ; la deuxième section comprendra tout ce qui concerne la promesse de vente jointe à un contrat de louage, autrement dit le bail avec promesse de vente ; enfin, dans la troisième section, nous examinerons les sanctions appliquées aux simulations dont nous aurons fait l'étude.

1. *Supra*, p. 3 et p. 34, note 4.

2. *R. E.*, 5.904.

SECTION I

PROMESSE DE VENTE

Dans cette section, nous nous occuperons successivement des promesses de vente d'immeubles, et des promesses de vente de meubles et droits sociaux.

Pour chacune de ces catégories, nous traiterons d'abord des clauses et conventions qualifiées promesses de vente par l'Administration ;

Et, ensuite, des promesses de vente qualifiées vente par l'Administration.

A. — Immeubles.

a). *Des clauses et conventions qualifiées promesses de vente par l'Administration.* — Il est stipulé fréquemment dans les actes d'obligations avec garantie hypothécaire, que, faute de paiement à l'échéance, le créancier pourra acquérir l'immeuble hypothéqué.

L'Administration voit dans cette clause une promesse unilatérale de vente, par le débiteur au profit du créancier, et perçoit le droit fixe des actes innomés¹.

De même, est considérée comme promesse unilatérale de vente et taxée au droit fixe : « la convention entre
« un créancier et un débiteur par laquelle ce dernier
« s'oblige, s'il ne rembourse pas sa dette à l'échéance,
« à abandonner à son créancier les immeubles hypothé-
« qués, ou des immeubles au choix de ce créancier parmi
« ceux affectés à la garantie du prêt »².

1. Délib., 23 août 1826, *J.N.*, 5.861 ; 11 février 1835, C. 4.576 ; Maguéro, V° « Obligations », N° 63 ; Maguéro, V° « Ventes d'immeubles », N° 265-A-II.

2. *Jurisclesseur de l'enregistrement*, fasc. 11, « Vente d'immeubles », N° 27 ; D.M.F., 6 juin 1815, *J.E.*, 5.148-5.178 ; Sol. 21 novembre 1828, *J.E.*, 9.225 ; C. Montpellier, 1^{er} mars 1865, D., 56-2-19, *J.N.*, 15.726.

Dans le premier cas, il dépendra évidemment de la volonté du créancier de devenir acquéreur de l'immeuble, sous réserve de l'arrivée de la condition fixée : non paiement à l'échéance des sommes dues par le promettant.

Dans la seconde hypothèse, nous aurions plutôt une promesse d'acheter, le créancier ayant accepté de recevoir en paiement un ou plusieurs immeubles, la réalisation ne dépendant que de la volonté du débiteur-promettant, évidemment maître de faire ou de ne pas faire le remboursement de sa dette en temps voulu.

b). Des promesses qualifiées ventes par l'Administration. Loi du 13 juillet 1930. — Ainsi que nous le constaterons par la suite, c'est surtout sous la forme de bail avec promesse de vente que la simulation a lieu.

Cependant la promesse pure et simple accompagnée de certaines clauses ou de certains faits permet aussi d'arriver au même résultat.

Les moyens sont assez limités et se reproduisent dans les diverses espèces soumises aux tribunaux.

Le fisc poursuit la Société B. pour paiement du droit proportionnel de vente sur un acte présenté comme promesse de vente avec arrhes. Le Tribunal de la Seine, saisi de l'affaire, rend son jugement le 16 juillet 1913¹, aux termes duquel la Société B. est condamnée à payer le droit proportionnel de vente.

Le tribunal donne comme motifs :

1^o Que le bénéficiaire de la promesse, en apparence libre de réaliser ou non, ne s'est pas en réalité réservé cette liberté. En effet, les arrhes², équivalentes au prix de l'immeuble, doivent en toute hypothèse rester acquises au promettant.

1. *R.E.*, 5.904.

2. Sur la stipulation d'arrhes, voir chapitre suivant, 2^e sect.

2^o Que la Société bénéficiaire se livre habituellement à l'achat d'immeubles en vue de la revente.

Il écarte les objections que l'on pourrait tirer d'une clause du contrat prévoyant délégation d'une partie du prix au profit des créanciers inscrits, et du fait d'une vente de l'immeuble consentie à un tiers par le promettant.

La délégation prévue ne constitue pas, en cas de réalisation, une nouvelle charge en sus de la somme versée « puisque tiers acquéreur, elle (la Société B.) pourrait « le cas échéant, se dégager de cette obligation par le « délaissement de l'immeuble acquis »¹.

Quant à la seconde vente, elle n'implique pas l'inexistence de la première, puisqu'elle s'explique par la conservation de la propriété apparente sur la tête du promettant.

Un pourvoi en cassation a été formé contre ce jugement et la Cour a statué sur ce pourvoi par un arrêt du 13 décembre 1916², confirmant la décision des premiers juges :

« Attendu que les clauses de l'acte dont il s'agit « confirment ces appréciations (propriété apparente « sur la tête du promettant, mais en réalité, propriété « transmise au bénéficiaire);

« Qu'en effet, il en ressort notamment que le prix « fixé à 345.000 francs a été versé à la vue du notaire le « jour même où l'acte a été passé, déduction faite d'une « somme de 126.000 francs, représentant un passif hypo-

1. Nous rapportons littéralement cet argument donné par le tribunal ; mais il nous semble qu'il y ait là une erreur, le délaissement n'ayant pas pour effet de dégager le tiers acquéreur de l'obligation d'exécuter la délégation stipulée.

2. *R.E.*, 6.541.

« thécaire et privilégié que la société s'engageait à remettre directement et par délégation aux créanciers ;

« Que la somme représentative du prix versé aux époux D., leur demeurerait acquise même au cas où la réalisation de la vente ne serait pas opérée dans le délai imparti à la Société B., que les époux D., prenaient de leur côté certains engagements qui res- treignaient en fait leur droit de propriété ;

« Attendu que les juges à qui il appartenait, en s'inspirant des présomptions tirées soit de l'acte lui même, soit de circonstances extrinsèques, de restituer au contrat son caractère, ont considéré à bon droit qu'une mutation en était résultée, passible des droits perçus par l'Administration de l'enregistrement.

« Par ces motifs,

« Rejette le pourvoi ».

Nous constatons ici l'exercice normal du droit de contrôle de la Régie, cette dernière tirant arguments de la teneur de l'acte contesté et des circonstances extérieures.

En somme, il faut démontrer que l'accord existe entre les parties, sur la chose et sur le prix ; c'est-à-dire que l'objet et le prix étant parfaitement déterminés, les parties sont définitivement liées, ayant aliéné dès la signature de la promesse toute liberté quant à sa réalisation ultérieure.

Il est certain que le versement d'arrhes importantes définitivement acquises au promettant est un moyen infaillible de lier irrémédiablement le bénéficiaire. Quant au créancier, il s'agit de le priver de son droit de disposition ; nous verrons, dans l'espèce que nous allons rapporter, comment on peut s'y prendre.

C'est une affaire soumise au Tribunal de Montbrison qui a statué par jugement en date du 6 novembre 1924¹. Elle concerne la même Société B.

La teneur du contrat incriminé et les circonstances de l'affaire sont à peu près analogues à celles que nous avons trouvées dans l'espèce précédente.

Une promesse de vente est consentie à la Société B. avec constitution d'hypothèque à son profit sur l'immeuble faisant l'objet de la promesse. Le promettant s'oblige à restituer à la Société la somme reçue à titre d'indemnité au cas de non réalisation par sa faute.

L'acte constate le versement d'une somme à titre d'indemnité, devant rester au promettant en cas de non réalisation, ou d'acompte sur le prix dans le cas contraire.

Cette somme étant donné son importance représente le prix net à toucher par le vendeur, déduction faite du montant d'une créance privilégiée.

Des sanctions pécuniaires importantes sont prévues à la charge de la partie qui se dégagerait.

Mandat est donné aux deux associés de la Maison B. en vue de vendre en bloc ou en détail aux personnes et prix laissés à leur choix.

L'acte contient l'indication complète des renseignements, portés habituellement dans les contrats de vente, concernant la désignation de l'immeuble, l'origine de propriété, les charges, servitudes et hypothèques grévant le fonds.

Enfin, la Société B. se livre habituellement à des opérations d'achat et de vente d'immeubles.

De ces clauses et de ces faits, le tribunal conclut à l'existence d'une vente ferme passible du droit propor-

1. *R.E.*, 8.408.

tionnel de mutation, l'accord sur la chose et sur le prix étant réalisé.

Le promettant a aliéné toute possibilité de disposer de l'immeuble en faveur d'un autre acquéreur que la Société B.

Il s'oblige à rembourser la somme reçue et à verser au bénéficiaire une indemnité importante en cas de non réalisation par sa faute, et, de plus, donne en garantie une hypothèque sur son immeuble.

Par le mandat donné aux associés, il s'enlève tout droit d'immixtion concernant l'immeuble et laisse pleine initiative et liberté à la Société.

Le bénéficiaire a aliéné toute possibilité de ne pas réaliser la promesse, en abandonnant au promettant l'indemnité versée, correspondant à la valeur de l'immeuble, et en s'obligeant au versement d'une somme importante en cas de non réalisation.

Enfin, la forme même du contrat, *instrumentum*, est celle d'un contrat de vente, rien n'a été omis, la désignation complète de l'immeuble, l'origine de propriété, les charges, servitudes et hypothèques.

Ainsi point ne sera besoin de rédiger un autre acte lorsqu'il s'agira de transmettre la promesse et avec elle, la propriété de l'immeuble.

Le tribunal a parfaitement, et à juste titre, relevé ces particularités à l'appui de sa thèse.

De plus, la société bénéficiaire fait habituellement des opérations d'achat et de vente d'immeubles, et c'est tout particulièrement à l'occasion de telles opérations que les promesses de vente peuvent utilement servir à masquer la vente.

Signalons encore un jugement rendu le 3 janvier 1933

par le Tribunal de Grasse dans une affaire semblable¹.

« Attendu, porte le jugement, qu'à la lecture des actes
« sous seings privés... il apparaît de la façon la plus
« formelle qu'en effet ce que les parties ont appelé un
« acte d'option n'est en réalité qu'un acte de vente ;

« Que l'accord sur la chose et sur le prix qui, aux termes
« de la loi et de la jurisprudence, suffit pour rendre la
« vente parfaite se retrouve de façon très nette dans
« l'acte sous seings privés..., qu'il est vrai, cet acte est
« unilatéral, mais qu'il porte en lui-même la preuve évi-
« dente de la vente qui est consentie et acceptée ; qu'il
« contient la désignation exacte de l'immeuble vendu,
« avec même l'origine de propriété et stipule un prix
« payable au comptant dont il constate *in fine* le verse-
« ment intégral par M.D. ; qu'il importe peu que le
« sous seing privé mentionne que le versement, de la
« somme de 95.000 fr. est le montant de la présente
« option ; qu'évidemment le prix de 95.000 fr. n'est pas
« le prix de l'option, mais bien le prix de l'immeuble
« vendu, ce qui ne saurait être contesté, qu'il s'agit donc
« réellement d'un acte de vente ».

Ici les choses se présentent d'une autre façon que dans les espèces précédentes. L'accord sur la chose et sur le prix résulte à l'évidence de l'acte soumis au tribunal, et le passage, rapporté plus haut, du jugement en donne clairement les raisons.

L'acte prévoyait de plus la substitution au bénéficiaire de « tous autres acquéreurs » et la réalisation de l'acte final par les cédants avec le dernier acquéreur, quel que soit le prix fixé au dit acte.

C'est évidemment la clause nécessaire pour tirer profit

1. *J.E.*, 34.623.

de la simulation, en permettant de réaliser plusieurs ventes successives sans payer le droit proportionnel.

Signalons, pour terminer, une curieuse conséquence de la promesse de vente faite par un bailleur au preneur autorisé à faire des constructions sur le terrain loué.

M. Pilon¹ signale un arrêt de la Cour de cassation, (requêtes) du 29 novembre 1922², aux termes duquel une telle promesse entraîne pour le bailleur renonciation à son droit d'accession sur ces constructions :

« Attendu, en fait... que le jugement attaqué a déclaré
« à bon droit que ces derniers (les propriétaires du ter-
« rain loué) avaient renoncé d'une manière expresse au
« droit d'accession ;

« Attendu, en effet, qu'ils ont autorisé Plousey à
« élever sur les terrains à lui loués des constructions
« d'une valeur considérable et se sont formellement
« engagés à lui vendre ces terrains à première réquisition
« et sous certaines conditions déterminées ; qu'ils ont,
« d'autre part, à la suite d'une ouverture de crédit
« consenti à Plousey par la Banque Foncière du Jura,
« hypothéqué tant les immeubles désignés au bail que
« les constructions à édifier sur ces immeubles ».

Il s'ensuit donc que les immeubles construits appartiennent au locataire, et que lors de l'expiration du bail l'indemnité versée par le propriétaire au locataire sera passible du droit de mutation immobilière.

Rappelons ici la loi du 13 juillet 1925 déjà signalée précédemment³.

Pour défendre le fisc contre certaines fraudes et notamment contre les manœuvres que nous venons de

1. *Op. cit.*, N° 330.

2. S., 1923-1-121 (note de M. Esmein).

3. Voir *supra*, p. 26.

constater de la part des marchands de biens, le législateur a établi ce que l'on peut appeler *le statut des marchands de biens*.

Aux termes de l'article 98 du Code de l'enregistrement (art. 39, al. 5 et 6, loi du 13 juillet 1925), « tous les mandats, promesses de ventes, actes translatifs de propriété et, d'une manière générale, tous actes se rattachant à la profession d'intermédiaire pour l'achat et la vente des immeubles ou des fonds de commerce ou à la qualité de propriétaire acquise par l'achat habituel des mêmes biens en vue de les revendre sont assujettis à l'enregistrement dans un délai de dix jours de leur date; il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 74 pour le cas où ces actes auraient été rédigés par acte public. Ils sont soumis au tarif édicté par la loi fiscale ».

L'article 159 du Code de l'enregistrement (art. 39, avant-dernier alinéa de la loi du 13 juillet 1925), fixe à un droit en sus la pénalité encourue en cas de non observation de l'article 98 du Code de l'enregistrement.

L'article 229 du Code de l'enregistrement soumet « toute personne ou société se livrant à des opérations d'intermédiaire pour l'achat ou la vente des immeubles ou des fonds de commerce ou qui habituellement achète en son nom les mêmes biens dont elle devient propriétaire, en vue de les revendre », au droit de communication, conformément aux dispositions des articles 225 et 226 du Code de l'enregistrement.

Enfin, l'article 236 du Code de l'enregistrement soumet les mêmes personnes ou sociétés à certaines obligations : déclaration dans le délai d'un mois à compter du commencement de leurs opérations au bureau de leur rési-

dence et, s'il y a lieu, de chacune de leurs succursales ou agences ;

Tenue de deux répertoires « présentant, jour par jour, « sans blanc ni interligne et par ordre de numéros, tous « les mandats, promesse de ventes, etc... » ;

Obligation de se conformer aux dispositions de l'article 229 du Code de l'enregistrement précité (droit de communication).

L'article 236 édicte *in fine* une amende de 1.000 à 10.000 francs en cas d'infraction à ces dispositions.

Nous voyons là tout un système établi en vue de révéler à l'Administration l'existence des promesses de vente et de tous autres actes pouvant les accompagner, établis par l'intermédiaire ou au profit des marchands de biens.

C'est évidemment un excellent moyen de dépister de nombreuses fraudes.

B. — *Meubles et droits sociaux.*

Examinons maintenant les promesses de vente de meubles. Nous ne trouvons que des clauses qualifiées promesses de vente par l'Administration :

Des clauses et conventions qualifiées promesses de vente par l'Administration. — Lors de la vente d'un fonds de commerce, les marchandises garnissant le fonds sont souvent en telle quantité et leur valeur s'élève à un tel prix que la reprise par l'acquéreur s'avère impossible. Il est alors stipulé que la reprise ne sera obligatoire que jusqu'à concurrence d'une certaine quantité ou d'une certaine somme, le surplus pouvant être repris par l'acquéreur lors de la prise de possession, si bon lui semble.

Il restera donc libre d'acheter le surplus des marchandises ou de ne pas le prendre.

La Cour de cassation par un arrêt de la Chambre des requêtes du 28 novembre 1933 ¹, a décidé qu'une pareille clause constituait une promesse de vente distincte de la cession et que, lors de sa réalisation, la vente de marchandises serait passible du tarif mobilier ordinaire.

« Attendu... dit la Cour, que pour le supplément de
« marchandises accusé par le récolement du 1^{er} avril 1926,
« il y avait seulement, le 26 décembre 1925, une pro-
« messe unilatérale de vente, laquelle n'est devenue
« vente que le jour de son acceptation par les époux
« Artéon, le 27 mai 1926 ;

« Qu'ainsi cette seconde vente constituant une dispo-
« sition indépendante de la première, donnait ouverture
« au droit lui étant propre au jour de la réalisation, droit
« que la Régie a estimé être le droit ordinaire de vente
« de meubles ... ».

Rappelons pour mémoire, puisque nous avons traité cette question ², qu'une ouverture de crédit stipulée réalisable en marchandises constitue, aux yeux du fisc, une promesse de vente de meubles dont la réalisation est passible du droit proportionnel de vente mobilière ³.

Le *Traité alphabétique* de Maguéro ⁴ signale une clause qui a été différemment interprétée par la jurisprudence.

Lorsqu'un brasseur, propriétaire d'un cabaret, le loue en obligeant le preneur à prendre chez lui la bière dont il aura besoin, pour la consommation de son établissement, il a été décidé (Sol. 23 décembre 1851) qu'une

1. *J.E.*, 1934, 34.731.

2. *V. supra*, p. 80.

3. *V. aussi R.E.*, 8.564-I.

4. Maguéro, V° « Bail », N° 25-A ; V° « Vente d'immeubles », N° 305-B.

telle clause constituait une promesse synallagmatique emportant « obligations réciproques » donc vente. Le droit de mutation immédiatement exigible devant être perçu sur estimation (Cambrai, 4 janvier 1855, *R.P.*, 421).

Par contre l'opinion contraire a été soutenue (décision belge, 8 janvier 1874, *J.E. belge*, 12.459), d'après laquelle « une telle clause emporte seulement promesse d'acheter « de la part du preneur, mais non promesse de vendre de « la part du bailleur, et, par suite, charge augmentative « du prix du bail à estimer par les parties ».

Enfin, le Tribunal d'Hazebrouck (31 janvier 1860, Garnier, *Rép. Gal*, V^o « Bail », N^o 346-2) a rejeté la perception du droit de vente « sur l'unique motif que l'obligation de se fournir de bière chez le bailleur était « une clause dépendante du bail intimement lié au « contrat principal ».

Ici encore, le tribunal reconnaît implicitement le caractère synallagmatique de la convention.

La difficulté est précisément de déterminer le caractère de celle-ci. Il est bien certain que si l'engagement est unilatéral « le droit de 22 fr. 50 pour promesse de « vente sera seul immédiatement exigible ».

Il en est ainsi notamment lorsqu'un vendeur impose à l'acquéreur, pour le cas où un commerce de liquide serait créé dans l'immeuble, de se fournir en liquide à un fournisseur déterminé¹.

Ici, en effet, la situation est nette, le fournisseur et vendeur éventuel n'étant pas partie à la convention.

1. R.M.F., *J.O.*, 27 février 1923, *Déb. Ch.* p. 864, 2^e et 3^e colonnes ; Maguéro, V^o « Vente d'immeubles », N^o 305-B.

Droits sociaux. — Il est souvent stipulé dans les contrats de sociétés qu'en cas de retrait ou de décès d'un associé, les associés restants conserveront ou pourront conserver toutes les valeurs sociales, à la charge de rembourser à l'associé sortant ou à ses représentants le montant de ses droits fixés suivant un mode déterminé.

L'Administration voit dans cette clause une disposition indépendante du contrat social, constituant une promesse de vente sous condition suspensive.

Il y aura donc ouverture immédiate au droit fixe de 22 fr. 50 et si, à l'accomplissement de la condition prévue, la cession vient à se réaliser, au droit de mutation à titre onéreux ¹.

SECTION II

BAIL AVEC PROMESSE DE VENTE

Dans la section I qui précède, nous avons étudié une convention particulièrement propice à la fraude pour ceux qui n'ont pas besoin d'acquérir pour eux-mêmes la propriété.

La promesse de vente leur permettait, en effet, de pouvoir attendre un acquéreur définitif et de traiter directement avec lui, pour leur propre compte, sans avoir à payer d'autres droits de mutation que ceux relatifs à la dernière vente.

Nous allons trouver maintenant un autre système propre à favoriser la fraude des particuliers désirant acquérir la propriété, pour eux-mêmes, et jouir de toutes les prérogatives du propriétaire sans avoir à acquitter immédiatement les droits de mutation.

1. Maguéro, V^o « Société », N^o 387.

Pour atteindre ce but, l'acquéreur se dissimulera derrière la personnalité d'un prétendu preneur bénéficiaire d'une promesse de vente et il passera, avec son vendeur prétendu bailleur, un bail avec promesse de vente.

L'objet même de notre travail fera comprendre le point de vue fiscal duquel nous envisagerons tout d'abord la question.

Nous devons cependant reconnaître que le bail avec promesse de vente est une convention parfaitement valable quand elle n'est viciée par aucune dissimulation, et que cette convention présente un grand intérêt économique.

Dans sa thèse, M. Thirion¹ expose avec beaucoup de clarté cet intérêt.

Nous nous bornerons à résumer ici les grandes lignes de son exposé.

Il faut d'abord reconnaître que la promesse de vente, jointe au bail, parfait les effets du bail, soit que le locataire se propose de faire dans l'immeuble loué des travaux d'amélioration ou d'agrandissement, soit qu'avant d'acheter l'immeuble, il veuille se rendre compte exactement de ses avantages et de ses inconvénients, soit enfin qu'il veuille se réserver le temps de réunir les fonds nécessaires à son acquisition.

Ensuite, le bail avec promesse de vente réalise une économie fiscale. C'est le cas pour de nombreuses sociétés immobilières créées depuis la guerre.

Elles ont pour but : « d'acheter des terrains pour les revendre ensuite à des propriétaires désireux de bâtir, » ou bien encore de bâtir elles-mêmes sur les terrains

1. Thirion, *Le bail avec promesse de vente*, thèse.

« qu'elles ont achetés et de vendre ensuite les maisons
« ainsi construites, dès qu'elles auront trouvé acquéreur.

« Par ce moyen, elles évitent le paiement d'un droit
« de mutation car la promesse n'est soumise qu'à un
« droit fixe peu élevé, et le bail avec promesse donne à
« la société l'assurance de pouvoir *ad libitum* imposer
« au promettant l'aliénation qui aura lieu soit à son
« profit, soit au profit de l'amateur définitif ».

On peut se demander s'il n'y a pas fraude à la loi fiscale, — non, car :

« Le fisc est victime d'un manque à gagner, mais un
« tel procédé qui ne constitue, par lui-même, aucune
« simulation est parfaitement légitime.

« Il est permis de tempérer les rigueurs de l'impôt
« par la recherche des tarifs favorables et l'emploi de
« moyens moins onéreux ».

Enfin, le bail avec promesse de vente procure au bailleur des avantages appréciables : il permet, en effet, à celui-ci de rester propriétaire de sa chose tant que le preneur n'a pas levé l'option, subordonnée le plus souvent au paiement comptant d'une somme d'argent.

C'est, surtout en matière mobilière, la seule sûreté efficace, à défaut de privilège pour le vendeur.

C'est un gros avantage sur la vente à tempérament. Le bailleur pourra invoquer contre l'acheteur indélicat qui revend la chose avant complet paiement les peines d'abus de confiance.

Il pourra aussi revendiquer cette chose. La qualification sera souvent difficile à faire, il faudra interpréter la volonté des parties qui n'est pas toujours clairement exprimée¹.

1. Voir aussi l'étude faite par M. le Professeur Hamel dans le Dalloz H. Chronique 1930, p. 41 : Ventes à tempérament et locations ventes.

De plus, le bail avec promesse de vente ayant pour objet un immeuble devrait constituer pour le propriétaire un excellent placement, car il comporte en général un fort loyer pour une longue durée.

Distinction du bail avec promesse de vente et de la location vente. — La distinction entre le bail avec promesse de vente et la location vente n'est pas toujours aisée à faire dans la pratique. Cependant, ce sont deux conventions de nature bien différente.

Dans la première, se trouvent deux notions bien distinctes : le bail et la promesse.

Elle constitue un cadre dans lequel la volonté, restée libre, du preneur viendra se placer pour réaliser la vente.

La seconde, que l'on rencontre surtout en matière mobilière, où elle se substitue souvent à la vente à tempérament, forme un tout dans lequel il est souvent difficile de décider ce qui l'emporte de la location ou de la vente¹.

C'est une vente d'un genre spécial, à laquelle on a voulu donner pendant un certain temps les apparences d'un louage, mais c'est avant tout une vente.

Seule, évidemment, la première doit, dans ce qui va suivre, retenir notre attention.

Nous allons étudier successivement le bail avec promesse de vente ayant pour objet :

- un meuble,
- un immeuble,
- un fonds de commerce.

A. — *Meubles.*

En ce qui concerne les meubles, nous aurons peu de

1. V. note de la p. 112.

ehoses à dire, la jurisprudence étant plus que rare en cette matière.

Par un arrêt du 22 février 1887¹, la Chambre civile de la Cour de cassation a cassé un jugement qui avait attribué à un bail de machine à vapeur, avec promesse de vente, le caractère de vente à terme passible du droit de mutation.

Le tribunal avait suivi la thèse de l'Administration qui trouvait dans la convention litigieuse les éléments de la vente : une chose, un prix et le consentement réciproque :

1^o Le prix fixé était représenté par le montant des loyers cumulés pour toute la durée du bail ;

2^o Le preneur avait le droit de se libérer à l'avance d'un ou plusieurs termes, avec escompte ;

3^o L'indemnité allouée en cas d'incendie devait être touchée par le bailleur, « en déduction ou jusqu'à concurrence de ce qui lui serait dû sur le prix du fermage ».

La Cour, repoussant les prétentions de l'Administration, a jugé qu'aucune de ces clauses n'était incompatible avec la qualification de bail avec promesse de vente et que, par suite, ce caractère devait lui être attribué.

C'est évidemment le criterium à appliquer en pareil cas et il était intéressant de le voir formuler d'une façon aussi nette par la Cour suprême.

B. — *Immeubles.*

Nous avons vu que le bail avec promesse de vente était une convention parfaitement licite lorsqu'elle était sincère.

1. D., 87-1-500. Cet arrêt est indiqué par M. Hamel dans son étude précitée.

Mais il n'en est pas toujours ainsi. Des clauses sont introduites qui modifient profondément le caractère de l'acte, à tel point qu'il arrive à masquer une mutation de propriété.

Dans une espèce¹ soumise au Tribunal de la Seine, un bail d'immeuble avait été consenti par acte authentique, pour dix ans, moyennant un loyer annuel assez élevé; les grosses réparations, le paiement de l'impôt foncier, les primes d'assurance étaient mis à la charge du preneur.

Par contre, celui-ci avait le droit de faire toutes transformations et même de démolir.

A la suite de ce bail, une promesse de vente de l'immeuble donné à bail était faite au profit du preneur pour la durée du bail. Le prix fixé était de 575.000 francs.

La somme de 250.000 francs était versée à titre d'arrhes, devant rester acquise au bailleur en cas de non réalisation de la vente, sans préjudice des dommages-intérêts.

Enfin une promesse d'acheter était faite par le preneur pour une durée de six mois qui suivrait l'expiration du bail.

Dans ces conditions, la liberté de décision du preneur n'existait plus par suite du versement qu'il avait fait d'une somme équivalant presque à la moitié de la valeur de l'immeuble, et qu'il devait perdre s'il ne réalisait pas la vente.

Le preneur assumait toutes les charges mises habituellement au compte du propriétaire et par contre il jouissait de tous les droits ordinairement réservés à ce dernier.

Enfin, par surcroît de garantie, et pour le cas bien improbable où le preneur n'aurait pas acheté dans les

1. *R.E.*, 1929, 9.065; *J.E.*, 1929, 33.733.

délais prévus, le bailleur pouvait l'y obliger dans les six mois suivant l'expiration du bail, en usant de la promesse d'acheter ajoutée aux conventions.

Il y avait évidemment accord sur la chose et sur le prix dès la conclusion du bail et la mutation de propriété était réalisée dès ce moment.

C'est ce qu'a décidé le Tribunal de la Seine par son jugement rendu le 28 décembre 1928. Le droit de mutation immobilière était donc immédiatement exigible.

Relevons encore les clauses d'un bail avec promesse de vente soumis au Tribunal de l'Orne, section d'Argentan, qui a rendu le 4 décembre 1929 un jugement concluant à l'exigibilité immédiate du droit de mutation¹.

Un particulier donne un terrain à bail à une société et lui consent une promesse de vente de l'immeuble. La société verse immédiatement une somme de 2.118.422 fr. 90 et s'engage à verser quelques mois plus tard une somme de 931.986 fr. 80 le tout à titre d'arrhes imputables, en cas de réalisation de la promesse, sur le prix convenu de 4.582.396 fr. 50 et devant rester acquises au bailleur au cas de non réalisation.

De plus, le bailleur a le droit de contraindre la société à réaliser la promesse dans les deux mois qui suivront l'expiration du délai d'option.

Le loyer imposé au preneur représente sensiblement les intérêts de la partie non payée du prix stipulé pour la vente.

Ce sont évidemment les clauses d'un contrat de vente. Le preneur se trouve lié définitivement par l'énormité de la somme versée à titre d'arrhes.

La promesse d'acheter paraît encore avoir été faite

1. *R.E.*, 9.348 ; *J.E.*, 34.032.

à titre de surcroît de garantie et le jugement aurait pu être rendu dans le même sens si elle n'avait pas existé.

La Cour de cassation (Chambre des requêtes) a rendu le 3 août 1931¹, un arrêt confirmant le jugement du Tribunal d'Argentan.

La Cour dans ses motifs a retenu : l'importance anormale des arrhes versées, la fixation d'un loyer annuel équivalent aux intérêts de la partie du prix non payée et l'engagement réciproque de vendre et d'acheter.

Peut-être pourrait-on lui reprocher ce dernier argument, car l'engagement en question existait pour des périodes successives et non concomitantes. Mais nous avons déjà remarqué qu'il n'était pas essentiel et que la Cour aurait pu rendre son arrêt dans le même sens, sans en tenir compte.

Signalons, enfin, une affaire ayant fait l'objet d'un jugement rendu le 23 juin 1932 par le Tribunal de Corbeil², doublé d'un arrêt de cassation.

Dans cette espèce, les versements de garantie faits par le preneur au cours de sa jouissance représentaient au total le prix convenu pour la vente et étaient « imputables sur le prix en cas de réalisation de la promesse ».

Le loyer fixé à raison de 6 % du prix de vente devait être diminué lors de chaque versement trimestriel de l'intérêt à 6 % du montant de ce versement.

Le jugement du tribunal concluant à la mutation immédiatement passible du droit proportionnel a été déféré à la Cour de cassation. La Cour par un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 mars 1935³ a rejeté le pourvoi, confirmant ainsi la décision des premiers juges.

1. *R.E.*, 9.744 ; *J.E.*, 34.326 ; *J.N.*, 1933, 604 ; D.H., 1931-441.

2.. *R.E.*, 9.827 ; *J.E.*, 34.969 ; *J.N.*, 1933-1.112.

3. M. le Conseiller Pilon rapporteur, *R.E.*, 10.419 ; *J.E.*, 34.969.

« Attendu, dit la Cour, que le pourvoi fait grief au
« jugement d'avoir admis l'exigibilité du droit propor-
« tionnel de vente d'immeubles sur le contrat conclu
« le 22 janvier 1928 entre les époux B. et la société
« mutuelle d'épargne « Le Nid », alors que, conformément
« à la qualification que lui avaient donnée les parties, il
« consistait en un bail assorti d'une promesse de vente,
« laquelle faute d'engagement réciproque de vendre et
« d'acheter était unilatérale et, par suite, assujettie seule-
« ment à un droit fixe ;

« Mais attendu que le tribunal à qui il appartenait de
« restituer au contrat litigieux son véritable caractère,
« a décidé, à bon droit, qu'il s'agissait d'une vente ; que
« cette appréciation est conforme à l'intention des
« parties, telle qu'elle résulte de l'ensemble des clauses
« de l'acte ;

« Qu'en effet, en même temps que les époux B.-L.
« s'engagent à vendre à la société « Le Nid », si elle
« le demande, leur immeuble, celle-ci s'engage à leur
« verser le prix stipulé et s'élevant à la somme de
« 1.342.250 fr. ; que ce prix doit être acquitté au moyen
« de trente-quatre versements de garantie de sorte que
« la société « Le Nid » se trouvera entièrement libérée à
« l'expiration du bail ;

« Qu'en outre, le loyer a été fixé à 6 % de ce prix de
« vente et que, lors de chaque versement trimestriel,
« il doit être diminué de l'intérêt à 6 % du montant de
« ce versement ; qu'ainsi, sous les apparences d'un bail
« avec promesse de vente, le contrat litigieux est, en
« réalité, une vente puisqu'il comporte incontestable-
« ment engagement réciproque de vendre et d'acheter
« et accord des parties sur la chose et sur le prix ;

« Par ces motifs rejette... »¹.

Il nous paraît intéressant, en terminant, de résumer les divers moyens employés par les parties, dont la jurisprudence a fait état pour reconnaître dans notre contrat le caractère d'une mutation :

En faveur du bailleur :	{	1 ^o Versement d'un acompte important à la prise de possession ou par mensualités, à titre de garantie, devant rester acquis au bailleur en cas de non réalisation.
		2 ^o Paiement des intérêts de la partie du prix non payée, sous forme de loyer.
En faveur du preneur :	{	3 ^o Concession de droits et d'obligations restant habituellement ceux du propriétaire.
		4 ^o Souvent promesse d'acheter.
Le bailleur et le preneur se trouvent donc liés :	{	Le bailleur-vendeur par sa promesse de vente.
		Le preneur-acheteur par l'acompte qu'il a versé et souvent par sa promesse d'acheter.

C. — *Fonds de commerce.*

La vente de fonds de commerce et la vente d'immeubles sont des contrats de même nature. La forme sous laquelle sera faite la promesse de vente dans l'un et l'autre cas sera la même, et les clauses qu'il sera possible d'y introduire, pour arriver à produire une mutation

1. Dans le même sens : Corbeil, 30 mars 1933, *R.E.*, 9.990 ; Corbeil 16 janvier 1935, *R.E.*, 10.653 ; Seine, 23 mars 1935, *R.E.*, 10.653 ; Seine 4 janvier 1935, *R.E.*, 10.483.

immédiate de la propriété, vont se ressembler étrangement.

Nous ne voudrions pas, à l'occasion de l'étude du bail avec promesse de vente de fonds de commerce, refaire une étude détaillée de la jurisprudence très abondante qui le concerne, car nous arriverions à nous répéter sans grand intérêt.

La question s'est trouvée d'ailleurs traitée dans de nombreuses études spéciales, au moment où sévissait la mode des gérances-ventes de fonds de commerce.

C'est vers 1928 qu'elle atteignit sa plus grande intensité. En effet, dans les quelques années précédentes, par suite de l'activité des affaires et de la hausse des prix des fonds en harmonie avec la hausse générale, les fonds de commerce ne restaient pas longtemps entre les mêmes mains.

Les réalisations de bénéfice se faisaient très rapidement. Malheureusement, à chaque revente, une partie importante des espèces possédées par les acquéreurs se trouvait absorbée par les frais de vente et, principalement, par le paiement des droits de mutation.

L'argent se faisait rare, la masse des billets de fonds en circulation ou entre les mains des vendeurs augmentait. Il fallait trouver un moyen de vendre sans avoir à payer immédiatement les droits de mutation ; le vendeur préférant pouvoir encaisser lui-même les espèces destinées normalement au paiement de ces droits.

Il fallait aussi trouver le moyen de le garantir autrement que par le privilège réservé au vendeur par nos lois.

La gérance-vente ou bail avec promesse de vente était bien le moyen susceptible de s'adapter à cette situation.

Les tribunaux furent très rapidement saisis d'affaires concernant de tels contrats, soit à cause des difficultés survenues entre les vendeurs et leurs créanciers, soit par suite de poursuites intentées par l'Administration.

Aussi, depuis 1928, voit-on fleurir une abondante jurisprudence.

Sans parler des cas où existent deux promesses, de vendre et d'acheter, et où la jurisprudence fait application de l'article 1583 du Code civil¹, nous signalerons les principaux faits retenus comme présomptions par les tribunaux, pour reconnaître aux contrats qui leur étaient soumis le caractère de vente immédiatement taxable aux droits proportionnels de mutation (en indiquant en note les références permettant de se reporter à la jurisprudence).

1^o Nous avons d'abord, le versement d'un acompte important, comme nous l'avons vu précédemment à propos des immeubles²;

2^o C'est ensuite le versement d'une somme à titre de dépôt de garantie, non productive d'intérêt et la stipulation de loyers à payer pendant la durée du prétendu bail ; le total, dépôt plus loyer, formant en fin de compte une somme égale ou supérieure au montant du prix fixé pour la vente.

Tous ces versements, devant le plus souvent rester acquis au bailleur dans tous les cas, sont imputables sur le prix de vente en cas de réalisation de la promesse³.

1. Seine, 13 décembre 1929, *R.E.*, 9.453, *J.E.*, 34.109 ; Seine, 28 avril 1934, *R.E.*, 10.297, *J.E.*, 34.858.

2. Cette clause existe dans la presque totalité des contrats étudiés. Seine, 28 avril 1934, *R.E.*, 10.297, *J.E.*, 34.858.

3. Paris, 24 avril 1928, *R.E.*, 8.855 ; Loiret, 10 décembre 1928, *R.E.*, 9.003 ; Paris, 7 novembre 1930, *J.E.*, 34.110 ; Seine, 17 octobre 1930, *R.E.*, 9.588-I ; Saint-Quentin, 24 juin 1931, *R.E.*, 9.682.

3° Nous trouvons encore des loyers bien supérieurs au produit de l'exploitation¹.

4° Le prétendu preneur est titulaire, d'après le contrat de gérance, de droits et d'obligations qui sont ceux d'un véritable cessionnaire².

5° Enfin, il se trouve que, dans la suite de ses opérations, le gérant prenne la qualité de propriétaire du fond qu'il exploite³.

SECTION III

SANCTIONS

DROIT EN SUS. PÉNALITÉS

Après le redressement fait par le receveur, soit amiablement, soit comme suite d'une action judiciaire, quels seront les droits perçus et quelles seront les pénalités appliquées par l'Administration ?

1° Il y a lieu d'abord à la perception du droit simple afférent au contrat, sous déduction des droits qui auraient été perçus antérieurement. S'il résulte d'un acte présenté à l'enregistrement comme étant une promesse unilatérale de contrat, qu'en réalité c'est le contrat lui-même qui a été réalisé par les parties, les droits afférents au contrat seront immédiatement exigibles.

Si le contrat devait être enregistré dans un certain délai, et si ce délai a été dépassé, il y aura lieu de percevoir le droit en sus fixé par la loi (Titre 6 du Code de l'enregistrement).

1. Seine, 17 octobre 1930, et 28 avril 1934, déjà cités.

2. Seine, 17 octobre 1930 ; Saint-Quentin, 24 juin 1931 ; Seine, 24 août 1934 ; Paris, 24 avril 1928 ; Loiret, 10 décembre 1928 ; Paris 7 novembre 1930, déjà cités.

3. Seine, 17 octobre 1930, déjà cité.

V. aussi Seine, 26 février 1932 confirmé par arrêt Cass. req., 12 mai 1936, *J.E.*, 35.207.

2° Lorsque l'Administration reconnaît dans une clause d'un contrat la nature d'une promesse, elle pourra exiger le paiement du droit fixe des actes innomés, à la condition que la clause en question soit indépendante.

3° L'article 44 de la loi du 13 juillet 1925 (art. 188, Code de l'enregistrement) est ainsi conçu : « Lorsqu'il est
« amiablement reconnu ou judiciairement établi que le
« véritable caractère des stipulations d'un contrat ou
« d'une convention a été dissimulé sous l'apparence
« d'une stipulation donnant ouverture à des droits
« moins élevés, il est dû un double droit en sus. Cette
« pénalité est due solidairement par toutes les parties
« contractantes ».

Il semble bien que cet article doive être appliqué lorsqu'il est reconnu ou établi qu'un bail avec promesse de vente est, en réalité, une vente. Ce serait conforme à la lettre et à l'esprit de la loi.

Mais, en ce qui concerne notamment les gérances-ventes de fonds de commerce, on s'est demandé s'il y avait lieu d'appliquer purement et simplement l'article 188 et de percevoir le droit simple et le double droit en sus, ou bien, s'il fallait faire application des dispositions de la loi fiscale visant la dissimulation de prix ?

1° D'après une première opinion¹ il y aurait lieu d'appliquer la sanction civile prévue pour les dissimulations de partie du prix d'une vente d'immeuble ou de fonds de commerce, par l'article 7 de la loi du 27 février 1912 (Code de l'enregistrement, art. 181) : c'est-à-dire la nullité du contrat.

La jurisprudence, pour faire application de l'article 181, exige que le prix déclaré dans l'acte ne soit

1. V. H. Lalou, D.H., 15-3-1928, p. 27.

pas sincère¹; faisant en cela une stricte interprétation des termes même de l'article 181, où il est écrit : « est
« nulle et de nul effet toute convention ayant pour but
« de dissimuler *partie* du prix d'une vente d'immeuble
« ou d'une cession de fonds de commerce, etc... ».

2^o Au contraire, d'après une seconde opinion, à laquelle se range toute une jurisprudence, ainsi que nous venons de le dire, il n'y aurait pas lieu d'appliquer des sanctions civiles.

On se trouverait en face d'actes simulés, et la simulation est une infraction pénale pourvue de peines propres édictées par l'article 188 du Code de l'enregistrement.

C'est cette dernière opinion qui nous paraît la meilleure. Il nous semble bien difficile, en effet, d'étendre, par voie d'analogie, les cas de nullité civile prévus par la loi fiscale. Et encore faudrait-il que l'analogie soit possible. Peut-on confondre dissimulation d'une partie du prix et simulation de l'acte tendant à dissimuler la totalité du prix ?

Le but poursuivi et le danger de fraude sont tout différents dans chacun de ces cas.

La partie d'un prix de vente dissimulée dans un contrat de vente est irrémédiablement perdue pour le fisc, s'il ne s'en aperçoit pas.

Au contraire, le plus souvent, un acte simulé masquant une vente, ne tend qu'à retarder la perception du droit de mutation. Tôt ou tard, il devra être refait et le fisc pourra, alors, percevoir les droits de mutation qui lui avaient momentanément échappé. D'ailleurs,

« L'Administration ² admet, depuis longtemps, que la

1. Lyon, 17 juin 1925, D.H., 1925-507; Belfort, 4 décembre 1924, D., 1925-2-70, J.E., 32.886.

2. J.E., 1928, 33.427.

« dissimulation atteinte par les dispositions de la loi de
 « 1912, est celle qui suppose une altération frauduleuse
 « du prix *exprimé* dans le contrat et qui consiste à énoncer
 « dans un acte ou une déclaration un prix ou une soulte
 « inférieur à celui ou celle qui a été réellement stipulé.

« La loi de 1912 prévoit expressément la dissimulation
 « de « *partie* du prix d'une vente d'immeuble ou de fonds
 « de commerce » ce qui indique qu'un prix a été exprimé,
 « mais qu'il n'est pas le prix réel.

« Si, au contraire, la réticence frauduleuse des parties
 « a pour effet, en portant sur la totalité du prix de déna-
 « turer en apparence le contrat il y a *simulation* de
 « contrat, et la dissimulation totale du prix n'étant que
 « le moyen de réaliser cette simulation, ne constitue
 « pas une infraction distincte ».

C'est bien le cas prévu par l'article 188.

3^o Indiquons, pour terminer, que si une promesse de
 vente, tarifée comme promesse synallagmatique au mo-
 ment de son enregistrement, a été l'objet d'un jugement
 lui reconnaissant le caractère de promesse unilatérale,
 il y aura possibilité de demander le remboursement du
 droit proportionnel.

Le jugement constitue un événement ultérieur sur
 lequel pourra se fonder la demande¹ et cette dernière
 sera satisfaite dans les limites de la prescription.

1. Maguéro, V^o « Vente d'immeubles », N^o 328 ; Saint-Pol, 21 mars 1918,
 R.E., 7.138.

CHAPITRE II

**MODALITÉS POUVANT INFLUER SUR LA PERCEPTION
DES DROITS**

Les promesses de contrat, comme les autres conventions, peuvent être pures et simples ou peuvent être affectées de certaines modalités, notamment d'une condition suspensive ou résolutoire.

Cela n'offre rien de particulier et l'étude que l'on pourrait en faire, en général, sortirait du cadre de notre travail.

Cependant, il existe certaines modalités qui se rencontrent plus spécialement dans les promesses de contrat ; c'est pourquoi nous les examinerons.

Nous rejoignons ici, les promesses synallagmatiques que nous avons abandonnées dès le début de notre étude. Il est évident que pour influencer sur la perception des droits, une modalité doit affecter une convention passible du droit proportionnel.

Ce n'est pas en général le cas de la promesse unilatérale ; au contraire, lorsqu'elle devient synallagmatique, et notamment lorsqu'elle est soumise au droit proportionnel, par suite d'un redressement opéré par l'Administration, les modalités que nous nous proposons d'étudier prennent toute leur importance.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections :

Section I : dans la première section nous examinerons :

§ 1. Le délai d'acceptation.

§ 2. La clause stipulant qu'il sera passé acte du contrat.

§ 3. La clause stipulant qu'il sera passé acte authentique.

Section II : dans la deuxième section, nous verrons ce qui concerne :

Les arrhes et les dédits.

SECTION I

§ 1. *Le délai d'acceptation*¹

Nous avons vu que les promesses comportaient habituellement la fixation d'un certain délai imparti au stipulant pour manifester son acceptation. L'expiration de ce délai dégage le promettant de son obligation.

Lorsque l'acceptation du bénéficiaire a lieu avant l'expiration du délai, le contrat se trouve réalisé, mais on peut dans certains cas d'espèce se demander si cette stipulation de délai n'aurait pas un autre caractère ; ne pourrait-elle pas, en effet, suspendre l'exécution du contrat et par conséquent la perception immédiate du droit proportionnel.

« Le receveur doit examiner avec soin les clauses de l'acte et les circonstances de chaque affaire pour dégager l'intention des parties »².

La Cour de cassation a reconnu que le caractère de condition suspensive pouvait être plus facilement présumé, en la matière³. La difficulté devient encore plus grande lorsque la clause stipule au profit du bénéficiaire la faculté d'accepter ou de renoncer pendant un certain délai.

Il y a, dans ce cas, une double cause d'ambiguïté

1. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 266.

2. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 266.

3. Cass., 4 février 1839, S., 39-1-204.

corrélative à la contradiction grammaticale résultant des mots employés.

§ 2. *La clause stipulant qu'il sera passé acte du contrat*

Au moment de la réalisation d'une promesse contenant une telle clause, la question se pose de savoir, si l'on se trouve ou non en présence d'une condition suspensive.

Le principe admis dans notre droit est que les conditions suspensives ne se présument pas. La volonté des parties doit apparaître clairement, sans quoi le receveur sera autorisé à percevoir le droit proportionnel¹.

Citons un passage de Pothier² : « Quoique le seul
« consentement des parties suffise pour la perfection
« des contrats consensuels, néanmoins, si les parties, en
« contractant une vente, un louage, ou quelque autre
« espèce de marché sont convenues d'en passer acte par
« devant notaire, *avec intention* que le marché ne serait
« parfait et conclu que lorsque l'acte aurait reçu sa
« forme entière par la signature des parties et du notaire,
« le contrat ne recevra effectivement sa perfection que
« lorsque l'acte du notaire aura reçu la sienne.

« ... *Observez que la convention qu'il sera passé acte devant*
« *notaire ne fait pas dépendre de cet acte la perfection du*
« *marché; il faut qu'il paraisse que l'intention des*
« **parties**, en faisant cette convention, a été de l'en faire
« *dépendre* ».

Il faut que cette *intention* apparaisse nettement. C'est une pure question de fait, que le receveur devra trancher

1. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 188-C et N° 32 et références citées ; Championnière et Rigaud, t. I-66.

2. *Traité des obligations*, N° 11.

en se basant tant sur les clauses de l'acte que sur les circonstances¹.

§ 3. *La clause stipulant qu'il sera passé acte authentique*

Elle n'est qu'un cas particulier de la clause étudiée précédemment.

D'après Aubry et Rau², en règle générale, la clause d'après laquelle les parties déclarent leur intention de faire convertir leur vente sous seings privés en acte notarié, doit être considérée comme ayant uniquement pour objet d'assurer la preuve de la convention et, par suite, ne suspend ni la mutation de propriété, ni l'exigibilité du droit proportionnel.

Il n'en est autrement que si les termes de l'acte sous seings privés révèlent la commune intention des parties de subordonner l'effet translatif du contrat à la rédaction future d'un instrument authentique³.

C'est ce que nous retrouvons dans une solution du 12 janvier 1885 ainsi conçue :

« En principe, la convention stipulée dans un acte
« sous seings privés d'en passer, plus tard, acte devant
« notaire ne s'oppose pas à ce qu'il y ait vente du jour

1. On trouve dans le *Traité pratique* de MM. Planiol et Ripert (Vente p. 14), l'exposé d'une situation où la condition de passer acte jointe à l'engagement du propriétaire, constitue une véritable promesse de vente, sans qu'il soit besoin d'autres conventions :

« Le propriétaire d'une chose s'est engagé à la vendre à une personne
« déterminée le jour où cette personne serait prête à passer un acte de vente
« authentique ou sous seings privés. L'opération constitue une simple
« promesse de vente : le propriétaire actuel de la chose pourra être contraint
« à réaliser la vente sur la demande de l'autre partie ; mais la vente ne
« s'effectuera qu'au jour de la signature de l'écrit initialement prévu ».

V. aussi Bordeaux, 21 janvier 1913, *R.E.*, 6.304-1.

2. 5^e édit., IV, § 343, p. 485, texte et note 21.

3. Maguéro, 3^e édit., V^o « Mutation secrète », N^o 57 ; Seine, 4 janvier 1935, *R.E.*, 10.483 ; Cass. req., 4 mai 1936, *J.E.*, 35.185.

« de la convention, mais il est également vrai qu'une « stipulation de cette nature peut, suivant les circonstances, présenter le caractère de condition suspensive »¹.

Et c'est ce qui a été clairement exprimé dans un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 20 juillet 1896², où il est dit que la question de savoir si la clause d'une vente sous seings privés portant que le contrat sera réalisé par acte authentique a le caractère de condition suspensive de la mutation est une question de fait, que le tribunal décide souverainement.

SECTION II

ARRHES ET DÉDITS

Nous réunirons sous cette section II l'étude des clauses concernant les arrhes et les dédits. Il existe :

une grande ressemblance entre ces deux stipulations, si l'on considère leurs effets ;

une différence minime qui les sépare.

Les arrhes sont versées au moment même de la convention quant, au contraire, on s'oblige à payer un dédit en cas de non exécution d'une convention simplement projetée, ou pour résilier une convention définitivement conclue.

Cependant, nous verrons que de cette différence résulte la possibilité, pour les arrhes, de se transformer en acompte sur le prix de vente, et pour la stipulation de dédit de se changer en une véritable clause pénale.

C'est principalement au sujet de la vente que sont

1. V. Bordeaux, 21 janvier 1913, *R.E.*, 6.304-I déjà cité ; Dijon, 21 octobre 1930, *R.E.*, 9.476.

2. *R.E.*, 1.242 ; *R.E.*, 4.884.

utilisées ces stipulations, c'est donc par rapport à ce contrat et à la promesse de vente que nous ferons leur étude, sous réserve de déduire, par analogie, ce qui pourrait concerner les autres contrats.

Nous examinerons d'abord quel peut être leur rôle dans la qualification des contrats et, ensuite, quels sont les droits perçus sur ces clauses et sur les paiements d'arrhes et de dédits constatés par actes séparés.

A. — *Leur rôle dans la qualification.*

a) ARRHES. — Le seul texte de notre droit concernant les arrhes est l'article 1590 du Code civil¹. D'après cet article, elles consistent en une somme versée au moment de la conclusion de la promesse de vente, par l'un des contractants à l'autre. Grâce à l'existence de ce versement d'arrhes, chacun des contractants est maître de se départir de son engagement,

« celui qui les a données, en les perdant,

« et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

On peut reconnaître à la constitution d'arrhes deux caractères principaux, selon l'intention des parties² :

Ce peut être une condition suspensive ou résolutoire, ce peut être, aussi, un acompte sur le prix.

1^o *Condition suspensive*. — Le versement d'arrhes permettant aux parties de se départir de leur engagement, empêche le contrat de se former. En se réservant cette faculté, les parties sont présumées n'avoir pas donné définitivement leur consentement.

Il n'y a donc pas ouverture à la perception du droit de mutation³.

1. V. *supra*, p. 14.

2. Portalis (Fenet XIV, p. 115).

3. Voir une espèce à l'occasion de laquelle la Cour de Paris a rendu,

Condition résolutoire. — Ce peut être encore une condition résolutoire ; dans ce cas, si le consentement existe, la mutation a lieu, et est immédiatement passible du droit proportionnel¹.

Ainsi donc, dans ces deux cas, la constitution d'arrhes ne change rien à la perception des droits d'enregistrement sur une promesse unilatérale. C'est seulement au moment de la réalisation qu'elle interviendra pour suspendre la perception du droit proportionnel, dans le cas où les parties en ont fait une condition suspensive. Il faut reconnaître que la distinction entre ces deux caractères est souvent bien difficile à faire. Il s'agit en effet de dégager l'intention des parties et il arrive, presque dans tous les cas, que ces dernières ne se sont pas exprimées clairement à ce sujet.

2° *Acompte sur le prix.* — Si, en général, la dation d'arrhes correspond à une condition suspensive ou résolutoire, il n'en est pas nécessairement ainsi.

Les parties peuvent convenir que les arrhes seraient données en signe de conclusion définitive du contrat, sans qu'il soit nécessaire d'une convention expresse à cet égard².

Ici, comme précédemment, l'intention des parties est à rechercher, on ne peut formuler aucune règle absolue, tout dépendra des termes du contrat et des circonstances.

Donc, dans certains cas, la dation d'arrhes pourra servir de preuve, de signe matériel de la conclusion défi-

le 14 mars 1929, un arrêt reconnaissant à une promesse de vente d'immeubles, avec arrhes, acceptée, le caractère de vente sous condition suspensive (*R.E.*, 9.161).

1. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 262 ; Championnière et Rigaud, t. III, N° 2051 ; Naquet, I, N° 311.

2. Cass., 18 juillet 1862, S., 62-1-50 ; Naquet, 2° édit., 1.246.

nitive du contrat : « *argumentum contractus facti* »¹; et notamment, si c'est le stipulant d'une promesse de vente qui compte les arrhes, nous pourrions voir la promesse unilatérale se transformer en promesse synallagmatique valant vente, car il s'oblige à acheter ou à perdre ses arrhes, il y a donc accord de volontés.

Et ceci sera d'autant plus vrai que la somme versée sera plus importante en comparaison avec le prix fixé pour la vente.

Une telle stipulation rend, alors, le droit proportionnel de vente immédiatement exigible².

Nous avons rencontré, au cours de notre étude sur la qualification des promesses de vente, toute une jurisprudence basée sur ces considérations³.

b) DÉDITS. — Comme pour la clause d'arrhes, nous constatons pour la clause du dédit plusieurs interprétations possibles selon l'intention des parties : elle peut avoir le caractère de condition suspensive ou de condition résolutoire, et dans ce dernier cas, elle se rapproche de la clause pénale.

1° *Condition suspensive*. — Lorsque la stipulation du dédit a le caractère de condition suspensive dans une vente, il n'est pas perçu de droit proportionnel⁴. A plus forte raison si cette clause figure dans une promesse unilatérale non acceptée, mais donnant lieu seulement de la part du futur acquéreur à l'engagement de payer un dédit,

1. Ravoire, p. 37 (thèse).

2. *Jurisclasser de l'enregistrement*, fasc. 11, N° 102 et références citées ; Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 262-D.

3. *R.E.*, 9.348 et jurisprudence citée ; *R.E.*, 9.161 déjà cité ; *R.E.*, 9.065 déjà cité ; *R.E.*, 8.949 à propos d'un arrêt de la Cour de cass. du 28 décembre 1927.

4. Cass., 19 mars 1893, S., 93-1-312 ; Dijon, 19 novembre 1930, *R.E.*, 9.481.

s'il n'accepte pas dans un certain délai l'offre qui lui est faite¹.

2^o *Condition résolutoire*. — Il faut supposer que la convention principale est parfaite. Le dédit est stipulé comme peine infligée à la partie qui refuserait de tenir ses engagements. Par exemple, une promesse de vente acceptée stipulant le paiement par la partie qui ne tiendrait pas sa promesse, d'une certaine somme à titre de dommages-intérêts².

Dans ce cas, le droit proportionnel est exigible immédiatement.

Cette stipulation de dédit à titre de *dommages-intérêts* peut même servir à prouver l'existence actuelle de la vente.

C'est ce qu'a jugé le Tribunal de Lille le 10 novembre 1910³, à propos d'une promesse de vente notariée qui contenant la clause suivante :

« Comme condition essentielle des présentes, M. D.,
« promet de vendre, et M. et Mme W., s'engagent à
« acquérir la maison louée moyennant un prix de
« 105.000 fr. plus les frais et ce, avant le 31 décembre
« 1915. En cas de non-exécution de cette promesse,
« M. et Mme W. paieront à M. D. une indemnité de
« 10.000 fr. à titre de dommages-intérêts ».

« Attendu, dit le tribunal, que cette seconde phrase,
« loin de modifier l'obligation résultant de la promesse
« d'acquérir, n'a d'autre but que d'en assurer l'exécution
« en fixant par avance le montant des dommages-intérêts
« qui seront dus à M. D. par les époux W., au cas où
« ceux-ci refuseraient d'exécuter la promesse.

1. Sol. 4 novembre 1874, *J.E.*, 19.675, 2^o; Maguéro, V^o « Dédit », N^o 4.

2. Brive, 23 mai 1874, *J.E.*, 19.675, 1^o; Maguéro, V^o « Dédit », N^o 5.

3. *R.E.*, 5.345.

« Attendu, dès lors, que cette dernière clause..., présente
« à tous égards les caractères de la clause pénale prévue
« par l'article 1226 du Code civil ».

Il semble que ceci ne soit pas exact, car la clause pénale est facultative pour le créancier qui peut exiger soit l'exécution de l'obligation, soit le paiement de la somme stipulée (C. civ., art. 1228).

Or, dans l'espèce, les acquéreurs seuls avaient le choix. Il y avait, à notre avis, dédit ayant le caractère de condition résolutoire.

D'ailleurs, cela nous importe peu, l'intérêt pour nous était de montrer où commence la pente qui nous conduit à envisager le dernier caractère de la clause de dédit, celui de clause pénale.

3^o *Clause pénale*. — Il arrive, en effet, assez souvent que dédit et clause pénale sont de la part des rédacteurs d'actes l'objet de confusions.

Une clause pénale est appelée dédit et vice versa.

Le criterium est toujours que la clause pénale est facultative pour le créancier et laisse subsister l'obligation (art. 1228 C. civ.).

Le dédit, au contraire, permet au débiteur de choisir. Au moment de l'enregistrement de la convention principale, une telle clause n'influe pas sur la perception des droits; s'il y a mutation, le droit proportionnel sera immédiatement perçu¹.

B. — *Droits perçus sur les stipulations d'arrhes et de dédits et sur le versement constaté par acte séparé.*

Ces clauses n'influent pas sur la perception du droit

1. Millau, 25 mai 1934, *R.E.*, 10.267.

fixe de 22 fr. 50, qui frappe la promesse unilatérale de vente (Sol. 4 novembre 1874, *J.E.*, 19675).

En principe, les stipulations de dédit ou le versement d'arrhes, sont des clauses accessoires à la promesse de vente et ne donnent ouverture à aucun droit particulier. Ce sont des dispositions dépendantes du contrat principal¹.

Si elles sont faites par actes séparés, il y a lieu de distinguer :

Pour le dédit, il y aura perception du droit fixe, car le paiement est soumis à une condition suspensive : la non réalisation du contrat ou la non exécution des engagements².

Pour l'abandon des arrhes, l'acte qui le constate donne ouverture au droit d'indemnité de 0, 75 %³ (C.E., 360).

Il en sera de même pour l'acte constatant le versement du dédit⁴, soit qu'il constate la non réalisation du contrat principal, soit qu'il constate sa résolution.

Dans ce dernier cas, il faut, toutefois, qu'il ait été stipulé dans l'acte même contenant la convention principale. C'est, en effet, la réalisation d'une condition résolutoire qui a un effet rétroactif. Il n'y a pas de rétrocession, les parties ont seulement rétabli le *statu quo ante*. (Cass., 20 avril 1869, S., 69-1-431, Sol. du 4 novembre 1874, *J.E.*, 19.675).

Il n'en serait plus de même si la stipulation de dédit avait fait l'objet d'un acte distinct, postérieur à la convention principale ; il y aurait alors rétrocession et perception du droit proportionnel de mutation.

1. Maguéro, V° « Arrhes-Dédit ».

2. Maguéro, V° « Dédit », N° 6.

3. Maguéro, V° « Arrhes » ; Championnière et Rigaud, III, 2.051.

4. Maguéro, V° « Dédit », N° 7 et V° « Vente d'immeubles », N° 265 ; Sol. 29 novembre 1882, *R.P.*, 7.286.

APPENDICES

I. Prescription

Nous allons essayer de répondre à deux questions concernant la prescription, qui se sont posées au sujet de l'enregistrement des promesses de contrat.

Première question. — L'enregistrement d'une promesse unilatérale peut-il servir de point de départ pour faire courir la prescription triennale, en ce qui concerne sa réalisation ?

La réponse négative nous paraît presque évidente. Les termes de l'article 298 du Code de l'enregistrement sont très explicites :

« Il y a prescription pour la demande des droits :
« 1^o après un délai de trois ans à compter du jour de
« l'enregistrement d'un acte ou autre document ou d'une
« déclaration qui révélerait suffisamment l'exigibilité
« de ces droits, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des
« recherches ultérieures ; ... ».

Or dans notre cas, la créance de la Régie est éventuelle comme l'engagement du bénéficiaire ; il ne peut donc être question de l'exigibilité immédiate du droit proportionnel.

Une créance non encore exigible ne pouvant fournir la preuve de « l'exigibilité » de l'impôt, l'article 298 du Code de l'enregistrement ne s'appliquera pas.

Il n'en serait pas de même de l'enregistrement d'un acte révélant d'une manière suffisante l'exigibilité des droits.

Rapportons deux cas intéressants :

a) L'exploit d'huissier portant acceptation d'une

promesse de vente résultant d'un acte enregistré forme, par sa réunion avec celle-ci, le titre de la vente et donne ouverture au droit de mutation ¹.

L'enregistrement de l'exploit fait courir contre le Trésor la prescription triennale pour la perception du droit de vente.

Nous trouvons, en effet, remplies les deux conditions exigées par la loi :

1^o l'enregistrement d'un acte

2^o qui révèle suffisamment l'exigibilité des droits, sans que des recherches ultérieures soient nécessaires ².

b) L'enregistrement d'un acte par lequel un créancier produit à un ordre en vertu d'une ouverture de crédit, dûment spécifiée, fait courir la prescription triennale; cet acte révélant suffisamment la réalisation du crédit.

De même, l'enregistrement d'une quittance donnée par le créiteur à l'acquéreur des immeubles du crédit hypothéqués à la garantie du crédit ³.

Mais il est nécessaire qu'il y ait un acte *enregistré*, un simple bordereau d'inscription hypothécaire serait insuffisant ⁴.

Deuxième question. — Lorsqu'un acte faussement qualifié a été enregistré avec insuffisance, quel est le point de départ du délai de prescription ? est-ce le jour même de l'enregistrement de cet acte ?

Lorsque la nature de l'acte a été dissimulée par les parties et qu'il n'est pas *évident* que la dénomination du contrat ne correspond pas à sa véritable nature, on

1. V. *supra*, p. 38.

2. Pau, 29 décembre 1931, *R.E.*, 9.847.

3. Cass., 18 février 1857, *Inst.* 2.096, § 11 ; Maguéro, V^o « Prescription », N^o 59.

4. Bordeaux, 16 février 1925, *R.E.*, 8.466.

peut soutenir que l'exigibilité des droits dus ne ressort pas des dispositions mêmes du contrat. En effet, les parties en ont altéré sciemment les clauses et ont empêché le receveur de percevoir les droits véritablement dus. Ce dernier, en basant sa perception d'après « la forme » extérieure de l'écrit et ses effets apparents » a agi régulièrement et n'a pas commis une insuffisance de perception susceptible d'être couverte par la prescription triennale. Une très abondante jurisprudence existe en ce sens¹.

Cependant le Tribunal de Privas, par un jugement du 17 décembre 1912², en a décidé autrement. Il s'agissait d'un acte qualifié « Bail avec promesse de vente » et qui en réalité était une vente avec faculté de dédit. Voici les motifs du jugement :

« Attendu, en fait, que l'acte du 26 mars 1901, présenté
 « à la formalité de l'enregistrement le 2 avril 1901,
 « pouvait peut-être présenter, au premier examen,
 « l'apparence d'un bail avec promesse de vente ; mais qu'il
 « suffit de l'analyser attentivement sans faire intervenir
 « aucun élément extérieur, pour voir, ainsi que l'a déclaré
 « le tribunal dans son jugement interprétatif du 30 juillet
 « 1908 que de l'ensemble des clauses il ressortait en
 « réalité, une vente avec faculté de dédit, attendu dans
 « ces conditions, que l'Administration de l'enregistre-
 « ment, ayant laissé écouler sans réclamation plus de
 « deux ans depuis le jour où l'acte du 26 mars 1901 a été
 « présenté à la formalité de l'enregistrement, il y a
 « lieu de déclarer son action en complément de droits
 « aujourd'hui prescrite et de la débouter de ce chef... »

1. *R.E.*, 5.732 ; Voir références données par Maguéro, V° « Prescription » N° 185 et Cass., 9 novembre 1903, *R.E.*, 3.469.

2. *R.E.*, 5.732, déjà cité.

Cette décision, bien que rendue en fait, n'en est pas moins intéressante, car elle révèle un danger de plus pour l'Administration, et montre que la question est susceptible d'admettre une solution opposée à celle qu'on lui donnait habituellement.

II. Promesses verbales

La promesse peut être faite verbalement.

Que va-t-il advenir si le bénéficiaire notifie son acceptation au promettant par acte extrajudiciaire ?

Nous avons vu¹, qu'il est de jurisprudence constante que l'exploit notifiant l'acceptation d'une promesse unilatérale *enregistrée*, entraîne la perception du droit de mutation.

Mais la promesse verbale n'est évidemment pas enregistrée. Le Tribunal de Pau a jugé le 29 décembre 1931² que l'exploit notifié à la suite d'une promesse verbale ne faisait pas, à lui seul, la preuve de la mutation et n'était pas passible du droit proportionnel :

« Attendu que la Dame C. ne saurait utilement prétendre qu'au seul vu de l'acte d'huissier ..., et aussi du « procès-verbal du notaire M., (constatant la non comparution du promettant pour passer l'acte de vente), « comme elle l'affirme dans un de ses mémoires, ressortait suffisamment l'exigibilité du droit de mutation ; « qu'à la vérité, il y avait de sa part prétention contredite, « ce qui ne suffisait pas à la Régie pour réclamer les droits « de mutation ... ».

Le rédacteur de la *Revue de l'enregistrement* faisait

1. V. *supra*, p. 38.

2. R.E., 1933, 9.847 ; J.E., 1932, 34.400.

remarquer à la suite du compte rendu de ce jugement que cette décision était critiquable.

Qu'en effet la vente pouvant avoir lieu par simples conventions verbales, elle peut, à plus forte raison, résulter d'une promesse verbale et d'un écrit d'acceptation.

Que s'il est vrai que l'écrit de levée d'option, seul, ne constitue pas une preuve de la mutation à l'égard des deux parties, cela importe peu quand à l'exigibilité du droit. Qu'il suffise, en effet, pour que le droit doive être perçu, que l'acte soit opposable à celui de qui il émane et que l'exploit de lever d'option contienne, de la part de celui à la requête de qui elle est signifiée, une reconnaissance expresse de mutation passible du droit. Ceci ne semblait pas faire de doute. La décision du Tribunal de Pau pouvait s'expliquer par une particularité de l'espèce qui lui était soumise. La partie redevable prétendait faire courir la prescription triennale du jour de l'enregistrement de l'exploit, et, le meilleur moyen de repousser cette prétention était de ne pas admettre l'exploit comme preuve suffisante de la mutation.

Mais il semblait bien, qu'en dépit de cette jurisprudence, les agents de l'Administration devaient, en pareil cas, taxer au droit proportionnel.

Aujourd'hui, plus de doute, l'Administration a pris nettement position ¹.

L'acceptation par exploit, contenant l'aveu extrajudiciaire du consentement antérieur du vendeur, joint à l'engagement corrélatif de l'acquéreur, constitue « non » pas une simple présomption de la mutation imposable,

1. Sol. 22 février 1934, et circulaire 13 septembre 1935, Inst. 4.244, § 17 ; R.E., 1936, 10.628-XI.

« mais une preuve complète à l'égard de l'acquéreur dont
« émane l'exploit.

« Ce dernier acte constitue par suite, à l'encontre de
« l'acquéreur, le titre de la mutation et donne ouverture
« au droit proportionnel.

« Il importe peu, à cet égard, que l'Administration
« n'ait eu connaissance ni de la promesse de vente origi-
« naire, ni de la ratification nécessaire à sa perfection,
« ni des transmissions dont elle a fait l'objet.

« L'existence de cette promesse au profit de la personne
« qui en réclame le bénéfice est suffisamment établie
« par l'aveu qu'elle en fait dans l'exploit de notification ».

III. *Pacte de préférence*

Une personne s'oblige, pour le cas où elle viendrait à aliéner sa chose à ne le faire qu'au bénéfice du stipulant, par préférence à tout autre, à prix égal ; voilà le pacte de préférence.

On remarque de suite certaines analogies avec la promesse de vente, c'est pourquoi nous voulons examiner cette convention dans notre étude.

Si les apparences nous rappellent les promesses, une simple analyse de la clause fait ressortir immédiatement la différence qui les sépare.

Ici, point d'obligation de vendre de la part du promettant, donc impossibilité de transformer la convention en contrat de vente par l'acceptation du stipulant.

Cette convention ne pourra jamais devenir translatrice de propriété. Si elle est présentée à la formalité, le droit fixe de 22 fr. 50 des actes innomés sera seul perçu¹.

1. Maguéro, V^o « Ventes d'immeubles », N^{os} 29 et 271.

Dans une délibération du 16 novembre 1825, l'Administration a fixé sa doctrine. Pas de droit proportionnel, dit-elle, « par le motif, que s'engager à ne point disposer
« d'un bien, si ce n'est en faveur de telle personne et
« moyennant un prix qui ne pourra excéder telle somme,
« ce n'est point transmettre ni même promettre de trans-
« mettre cette propriété; que c'est, au contraire, la
« retenir; car on ne saurait s'imposer l'obligation de ne
« point disposer d'une chose dont on n'est plus proprié-
« taire, qu'il n'y a d'ailleurs aucun engagement de la
« part des futurs époux (les stipulants, dans l'espèce) »¹.

Les seules difficultés qui peuvent se rencontrer viendraient de la fausse qualification donnée par les parties. Mais ici la matière nous manque, la jurisprudence ne fournissant pas d'exemples récents. L'ouvrage de Maguéro cite une espèce soumise à la Cour de Douai en 1845², et Championnière et Rigaud une clause de contrat de mariage dont l'interprétation a motivé la délibération du 16 novembre 1825 que nous venons de rapporter.

Ce ne sont, d'ailleurs, que des cas particuliers dont il n'est pas possible de tirer un enseignement.

1. Contrôleur 1.036, cité par Championnière et Rigaud, t. III, p. 23.

2. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 271.

TITRE II

TRANSMISSION DES PROMESSES

Les promesses créent des droits et des obligations faisant partie des patrimoines du promettant et du bénéficiaire.

Ces droits et ces obligations sont susceptibles d'être transmis d'un patrimoine à un autre.

Nous nous proposons d'étudier ces transmissions au point de vue de l'Enregistrement.

Dans un premier chapitre, nous examinerons ce qui concerne les transmissions entre vifs ; et dans un second chapitre nous traiterons des transmissions par décès.

CHAPITRE PREMIER

LES TRANSMISSIONS ENTRE VIFS

Une première section sera consacrée aux cessions de promesses,

et une deuxième section aux renonciations.

SECTION I

LES CESSIONS DE PROMESSES

Notre étude portera sur les cessions que l'on rencontre dans la pratique, c'est-à-dire, sur les cessions de promes-

ses unilatérales de vente d'immeubles, de bail et sur les cessions de crédit, à titre onéreux.

§ 1. *Les cessions de promesses unilatérales de vente d'immeubles*

Il n'existe pas de texte dans notre législation concernant la matière.

A défaut, l'Administration a construit une théorie et a taxé conformément à cette théorie.

La jurisprudence présente des décisions que nous examinerons en en faisant un rapide historique.

La doctrine a pris parti et nous aurons l'occasion de rapporter l'opinion des auteurs qui se sont occupés de la question. Enfin, nous examinerons la cession des promesses faussement qualifiées et l'effet des cessions intermédiaires lors de la réalisation.

A. — *Théorie de l'Administration.*

L'Administration a d'abord prétendu taxer la cession de promesse de vente au droit de vente immobilière, sous prétexte que la cession confère au bénéficiaire un *jus ad rem*. Elle se basait sur l'article 526 du Code civil en jouant sur la signification du mot *revendiquer*. Forte de l'opinion d'Aubry et Rau¹, elle prétendait que ce mot était synonyme de réclamer un immeuble à un titre quelconque.

Elle invoquait, en outre, deux arguments, l'un historique, l'autre tiré de la loi de frimaire.

L'argument historique était tiré du commentateur des

1. T. VIII, p. 165, note 18.

tarifs de 1722¹, à propos de la perception du centième denier :

« Le centième denier est dû pour l'aliénation des droits
 « réels qui consistent dans la faculté de tirer immédiate-
 « ment et directement quelques services et quelques
 « commodités d'un fonds, en quoi ils diffèrent des actions
 « *in rem scriptae*, qui ne sont que le droit de suivre le
 « fonds à l'effet d'obliger le propriétaire à nous en céder
 « la propriété, car ces actions ne peuvent engendrer aucun
 « droit de centième denier ».

Enfin, le texte de la loi de frimaire ne parle jamais que de transmission d'immeubles en propriété, usufruit ou jouissance.

Il fallait donc faire entrer notre cession dans ce cadre. Ces arguments nous paraissent bien faibles et bien surannés.

D'ailleurs, la jurisprudence, ainsi que nous allons le constater, a repoussé ces prétentions de l'Administration². A la suite de cet échec, la Régie, dans une solution du 15 septembre 1890³, prétend enregistrer la cession de promesse de vente au tarif mobilier et depuis elle n'a pas modifié cette manière de voir, en dépit des décisions contraires de la Cour de cassation.

La promesse unilatérale de vente ne vaut pas vente. Le bénéficiaire ne peut invoquer qu'un droit de créance contre le promettant. Il ne peut donc l'actionner qu'en réalisation de la promesse et subsidiairement en paiement de dommages-intérêts.

1. P. 42 sur l'article 3 (Guillin, thèse).

2. Cass. civ., 5 février 1889, S., 89-1-337, *J.E.*, 23.171. On peut cependant relever dans le sens de cette première théorie : Seine, 13 janvier 1860, *J.E.*, 17.094 ; Grasse, 18 janvier 1883, *J.E.*, 22.085.

3. Inst. 2930-I, *J.E.*, 23.665.

Cette action ne rentrant pas dans la catégorie de celles visées par l'article 526 du Code civil, n'est pas immobilière. Elle est donc mobilière.

« Or elle n'entre dans aucune des catégories de valeurs mobilières soumises à un tarif spécial par la loi fiscale, elle est donc gouvernée quant au tarif par l'article 69, paragraphe 5, N° 1 de la loi de frimaire : qui taxe à 2 % les cessions d'objets mobiliers généralement quelconques »¹.

Nous verrons que la Cour de cassation s'est prononcée en faveur du caractère mobilier de la cession, mais non en faveur du droit proportionnel de mutation mobilière.

Pour soutenir sa prétention, l'Administration fait le raisonnement suivant² :

La Cour prétend que la cession doit être enregistrée au droit fixe parce qu'elle a, comme la promesse elle-même, un caractère éventuel. Mais s'il est évident que l'acte de promesse ne constate aucune mutation de valeur, « dans le cas de cession ou résiliation moyennant un prix, il existe une valeur mobilière actuelle (le droit d'acheter l'immeuble sous certaines conditions) qui est cédé ou rétrocédé moyennant un prix ferme.

« L'article 69, paragraphe 5, N° 1 de la loi de frimaire qui assujettit au droit de 2 %³ les cessions, rétrocessions et tous autres actes translatifs de propriété à titre onéreux de meubles et autres objets mobiliers généralement quelconque, est directement applicable ».

D'accord en cela avec Demante⁴ : « Le droit cédé est éventuel mais la cession est actuelle. A tout événement

1. Maguéro, V° « Actions mobilières et immobilières », N° 7.

2. Maguéro, V° « Actions mobilières et immobilières », N° 8.

3. Aujourd'hui 7 %, C.E., 460.

4. 4^e édit., I, N° 296.

« il y aura eu circulation d'une valeur entre le cessionnaire et le cédant. Cette valeur est déterminée par le prix exprimé dans l'acte de cession ».

L'arrêt de la Chambre civile du 5 février 1889 qui admettait le caractère mobilier du droit ne s'était pas prononcé sur le tarif applicable. En notifiant cet arrêt à ses agents, la Direction générale leur prescrit de percevoir 2 % et prétend justifier cette perception en se basant sur les termes mêmes de l'arrêt : « L'arrêt du 5 février 1889 ne méconnaît pas, dit-elle, que la promesse unilatérale de vente fait entrer dans le patrimoine du bénéficiaire un droit dont celui-ci peut disposer si la faculté ne lui en a pas été interdite. Ce droit n'étant pas immobilier est nécessairement de nature mobilière (C. civ. 516) »¹.

Nous verrons que des jugements récents adoptent cette théorie.

B. — *L'évolution de la jurisprudence*².

Ainsi que nous l'avons signalé, l'Administration prétendait taxer les promesses de vente d'immeubles au droit de mutation immobilière.

Par un arrêt du 13 janvier 1869, la Chambre civile de la Cour de cassation³ écarte la perception de tous droits proportionnels, pour la raison qu'il s'agit de la transmission d'un droit purement conditionnel au profit de l'acquéreur éventuel, qui ne peut donner lieu qu'au droit fixe ; lors de la cession comme au moment de sa

1. Maguéro, V° « Actions mobilières et immobilières », N° 8.

2. Nous n'en ferons qu'un résumé, la question ayant déjà été traitée dans de nombreux ouvrages : Maguéro, V° « Actions mobilières et immobilières », N° 7 et thèses de MM. Boulard, Ravoire, d'Houdain, Defaye, Foissin.

3. S., 69-1-181 ; D., 69-1-296 ; J.E., 18.660.

création : « la cession d'une promesse unilatérale de vente, « disait la Cour, n'opérant la transmission que d'un « simple droit conditionnel, subordonné à la réalisation « ultérieure de cette promesse ne peut, pas plus que la « promesse elle-même, servir de base à la perception « d'un droit proportionnel de mutation ».

Le 4 février 1873, la Chambre civile rend de nouveau un arrêt concernant la matière¹. Elle se prononce en faveur du caractère mobilier de l'engagement. Statuant pour le cas d'une résiliation de promesse de vente consentie par un preneur moyennant la réduction à son profit de la durée du bail, la Cour dit notamment : « Cet acte « a eu pour effet de délier les bailleurs de leur promesse « et de l'obligation personnelle qu'ils avaient prise de « vendre, le cas échéant où le stipulant voudrait user « de la faculté à lui réservée, qu'il était ainsi simple- « ment libératoire et n'avait rien de translatif ».

Le Tribunal de Grasse avait rendu le 28 février 1883² un jugement admettant la perception du droit de mutation immobilière sur la promesse, et le 4 mai 1885 un autre jugement refusant la déduction du droit perçu sur la promesse, du droit de mutation à percevoir lors de la réalisation.

Sur pourvoi, la Cour de cassation a rendu un arrêt le 10 mars 1886³ aux termes duquel elle maintenait la perception du droit de mutation immobilière sur la cession de la promesse ; mais n'admettait pas l'imputation de ce droit sur le droit de mutation payé ultérieurement lors de la réalisation de la promesse. L'acte de cession et

1. S., 73.1.178 ; D., 74-1-121 ; J.E., 19.214.

2. J.E., 22.085 (Affaire de la Société civile des terrains de Cannes et du Cannet).

3. D., 87-1-261 ; S., 87-1-83 ; J.E., 22.630 ; Inst. 2.729, § 1.

l'acte de réalisation, étant, disait la Cour : « deux contrats « essentiellement distincts dans leur objet et n'ayant pas « été passés entre les mêmes parties ».

Enfin, nouvel arrêt de cassation le 5 février 1889¹, sur pourvoi du jugement du 28 février 1883 mentionné ci-dessus, dans lequel la Cour reconnaît encore que la cession de promesse n'a pas le caractère de vente immobilière. Mais elle ne statue pas sur le droit qu'il y a lieu d'appliquer.

Citons un passage de cet arrêt : « La promesse unilatérale de vente, n'emportant pas transmission de propriété, ne pouvait donner ouverture au droit proportionnel de mutation immobilière... », par l'effet de la cession de promesse, « la société (cessionnaire) a été mise purement et simplement aux lieux et place de ses cédants » ; et « dès lors, le droit de mutation immobilière qui n'était pas dû sur la promesse n'a pu être exigé sur la cession dont cette promesse a été l'objet ».

L'affaire fut renvoyée devant le Tribunal de Nice² qui décida que le droit à percevoir était le droit de bail, la promesse ayant été cédée en même temps que le bail et constituant une disposition dépendante de cette cession³.

C'est après ce jugement que l'Administration de l'enregistrement fit paraître la solution du 15 septembre 1890, dont nous avons parlé, qui tout en autorisant, pour des motifs d'opportunité, l'exécution de ce jugement, prescrivait de percevoir le droit de mutation mobilière⁴.

1. D., 89-1-200 ; S., 89-1-337 ; *J.E.*, 23.171 ; Inst. 2.930, § 1.

2. Jugement du 29 mai 1890, *J.E.*, 23.665.

3. Cette opinion est à repousser, voir la note de M. Wahl sous ce jugement au S., 91-2-232. ; Maguéro, V° « Actions mobilières et immobilières », N° 9.

4. *Supra*, p. 149 ; Inst. 2.930, § 1°, *J.E.*, 23.665.

En réalité, après tous ces débats, la question n'est pas résolue.

La Cour de cassation a reconnu le caractère mobilier de la cession et s'est plutôt prononcée pour la taxation au droit fixe.

L'Administration a abandonné sa prétention de percevoir le droit de mutation immobilière, mais s'en tient aux termes de la solution de 1890 : droit de mutation mobilière.

Depuis l'arrêt de 1889, nous trouvons plusieurs jugements donnant raison à l'Administration.

C'est d'abord un jugement du Tribunal de la Seine du 17 juillet 1912¹ qui décide que la cession de promesse « constitue transmission moyennant un prix convenu, « d'une valeur certaine appréciable en argent, du patri- « moine du cédant à celui du cessionnaire... », et que le tarif mobilier de 2 % est applicable (aujourd'hui 7 %).

Nous trouvons ensuite un jugement de Pontoise du 9 mai 1928², conforme à la doctrine de l'Administration :

La cession de promesse constituant une transmission passible du droit de vente mobilière, comme ayant pour objet une valeur indépendante de l'immeuble auquel elle s'applique.

Voici enfin un jugement du Tribunal de la Seine du 26 mai 1928³ rendu dans le même sens : « La promesse de « vente confère simplement à son bénéficiaire le droit de « demander des dommages-intérêts dans le cas où le « promettant ne remplirait pas son engagement. Ce droit « étant purement mobilier, sa cession doit être tarifée « comme vente mobilière ».

1. *J.E.*, 28.803 ; *R.E.*, 5.903 ; *S.*, 15-2-101, voir *infra*, p. 163.

2. *R.E.*, 8.987.

3. *R.E.*, 8.934-II.

C. — *La doctrine.*

Nous n'aurons pas à nous étendre sur la doctrine de Naquet¹. Elle approuve la jurisprudence de la Cour de cassation concluant à la perception du droit fixe, nous en avons donné plus haut les arguments.

L'autorité d'Aubry et Rau², ainsi que nous l'avons signalé, servait à l'Administration pour appuyer sa prétention de réclamer le droit de mutation immobilière.

Et celle de Demante³ à étayer sa théorie actuelle du droit mobilier. Cette théorie reçoit l'approbation de MM. Planiol et Ripert dans leur *Traité pratique*⁴ : « La cession de promesse de vente étant la cession d'une créance mobilière, il semblerait logique que le droit fiscal de 6,60 % lui soit applicable en vertu de l'article 69, paragraphe 5 de la loi de frimaire.

« Cependant, un arrêt ancien de la Cour de cassation, en repoussant l'application du tarif des mutations immobilières paraît avoir admis que le droit fixe est seul exigible (Civ., 13-1-1869).

« L'Administration proteste, à bon droit, contre ce système. Si la promesse de vente ne doit supporter aucun droit puisqu'elle ne réalise aucune mutation de valeur, il n'en est pas de même de sa cession ».

Quant à M. Wahl⁵, il émet une opinion originale qui ne se trouve être suivie ni par l'Administration, ni par la jurisprudence :

En droit civil, on est d'accord pour reconnaître que la promesse confère un droit *personnel*. Mais les cessions de

1. *Enregistrement*, 2^e édit., N° 75.

2. T. VIII, p. 165, note 18, déjà cité, p. 146.

3. 4^e édit., I, N° 296, déjà cité, p. 148.

4. V° « Vente (promesse de vente) » p. 190.

5. Vol. I, N° 350.

droits personnels, mêmes purs et simples, ne sont pas tarifées comme ventes mobilières, à plus forte raison les droits conditionnels.

Le caractère conditionnel du droit cédé ne peut mettre obstacle à l'exigibilité du droit.

L'obstacle est que la cession d'un droit *personnel* autre qu'une *créance* n'est pas soumise au droit proportionnel par notre droit fiscal. Nous aboutissons donc au droit fixe des actes innomés.

Mais, pour ceux qui repoussent cette théorie, M. Wahl pense que c'est le droit de 1 % (droit d'obligation, aujourd'hui 1,50 %) qui doit s'appliquer.

Cette doctrine repose sur la distinction fort délicate à faire entre le droit personnel et la créance. Il nous semble, pourtant, qu'en respectant d'une manière absolue la lettre de la loi fiscale, elle se rapproche de la vérité.

Cependant, nous pencherions pour la taxation à 1,50 % admise subsidiairement par M. Wahl, qui est celle des cessions de créances. Nous avons, avec la doctrine de M. Wahl, la critique du système de la Régie. Nous trouvons dans la *Revue de l'enregistrement* (1930, art. 9178)¹, la critique de la théorie de la Cour de cassation, en ce qui concerne l'application du droit fixe. Elle a notre approbation.

« Le droit proportionnel étant assis sur des valeurs, il
« est naturel de ne pas le réclamer lors de l'engagement
« originaire du futur vendeur, puisque celui-ci ne stipule à
« ce moment aucune valeur en retour de son engagement,
« mais il n'en va plus de même en la personne du béné-
« ficiaire de la promesse lorsque l'immeuble ayant acquis
« une plus-value la simple espérance du début, sans

1. D'après la note au Dalloz sous l'arrêt de 1869, D., 69-1-296.

« valeur appréciable, est devenue un droit monnayable,
« parfois à un prix très élevé.

« Le caractère conditionnel du droit cédé (la réalisation
« ne dépend que de la volonté du bénéficiaire) ne doit pas
« être confondu avec le caractère du contrat intervenu,
« car celui-ci n'est soumis à aucune condition, il est
« ferme et actuel et donne lieu à une transmission immé-
« diate de valeur.

« D'un côté droit acquis, de l'autre prix reçu ».

La cession des promesses faussement qualifiées. —
Si la prétendue promesse était, en réalité, une vente, les
diverses cessions dont elle est l'objet seraient elles-mêmes
des ventes passibles du droit de mutation immobilière¹.

Un exemple très instructif a été donné en 1929 dans
la *Revue de l'enregistrement*².

Par acte sous seings privés, passé en janvier 1928,
Primus donne à Secundus une option sur un immeuble
situé en France, pour une année, moyennant le prix de
vente principal de 100.000 fr., à la condition du verse-
ment immédiat de cette somme.

Le cessionnaire a le droit de se substituer tous autres
acquéreurs,

le cédant s'engage à passer directement l'acte de
vente avec le dernier bénéficiaire, quel que soit le prix
convenu,

il s'oblige à ne pas louer et à ne pas hypothéquer,
il reconnaît avoir reçu 100.000 fr, « montant de la pré-
« sente option ».

En mars 1928, Secundus cède son option à Tertius,

1. Seine, 23 mars 1935, *R.E.*, 10.653.

2. Art. 8.949.

moyennant 10.000 fr., plus le remboursement du prix versé à Primus.

Sans contrat apparent, Tertius se dessaisit en faveur de Quartus pour 115.000 fr.

Aux termes d'un contrat de vente notarié, Primus vend à Quartus, en avril 1928, l'immeuble dont il s'agit, moyennant 100.000 fr. payés hors la vue du notaire et quittancés.

Les sous seings privés et la convention verbale sont-ils passibles du droit de mutation ?

En ce qui concerne l'acte de janvier 1928, il faut lui reconnaître tous les caractères d'une vente. En effet, le prix est payé comptant. La non réalisation dans le délai d'un an opérerait comme condition résolutoire, et une telle condition ne s'oppose pas à la perception du droit proportionnel.

Il n'y a pas trace de condition suspensive.

Ce premier contrat est donc passible du droit proportionnel. Pour l'acte de vente notarié, cela ne fait aucun doute, puisque les parties ne sont plus les mêmes.

Quant aux cessions intermédiaires, elles sont aussi des ventes immobilières et l'Administration perçoit sur chacune d'elles le droit de mutation.

Il est à remarquer que ces options constituent une tentative de mobilisation d'immeuble avec clause à ordre.

Aucune loi ne réglementant ce contrat, il se trouve soumis au droit commun en matière fiscale.

Effets de la cession intermédiaire lors de la réalisation de la promesse. — La somme versée¹ pour le prix de la cession de la promesse se trouve taxée comme prix d'une

1. *Jurisclasser de l'enregistrement*, vol. VII, fasc. 11, Vente d'immeuble, cession de la promesse, N° 2.

vente immobilière; le prix de cession représentant la plus-value acquise par l'immeuble, entre la promesse et sa cession.

Nous voyons cette manière de procéder subir une critique justifiée dans le *Traité pratique* de MM. Planiol et Ripert¹ :

« L'Administration après la levée de l'option, exige
« à tort le droit de mutation immobilière sur le prix de
« l'immeuble augmenté du prix de la cession, en soutenant que le prix de la cession fait partie du prix payé
« par l'acheteur.

« Cette prétention repose sur une confusion entre les
« deux opérations : vente et cession de l'option ».

Cependant un jugement du Tribunal de la Seine du 6 juin 1924² a sanctionné la prétention de la Régie en condamnant le propriétaire initial à passer acte de la vente au profit du cessionnaire de la promesse, et en considérant que le prix de cette vente était le total formé par la somme payée au propriétaire initial, plus la somme versée à l'acquéreur intermédiaire. Le tout taxable au droit de mutation immobilière.

Il est bon cependant de remarquer que la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 mars 1886, dont nous avons parlé, a décidé que la valeur imposable de l'immeuble serait celle du jour de la réalisation de la promesse, alors même que la promesse aurait, avant sa réalisation, fait l'objet d'une cession pour un prix déterminé qui aurait été assujéti au droit proportionnel³.

Les droits perçus lors de la cession de la promesse ne

1. « Promesse de vente », p. 190.

2. *R.E.*, 8.283.

3. *Jurisclasser de l'enregistrement*, fasc. 11, Vente d'immeuble.

pouvant pas être imputés sur les droits à payer sur la réalisation ¹.

§ 2. *Les cessions de promesses de bail d'immeubles* ²

La loi du 13 juillet 1925 (art. 34 à 36) a réglementé la perception des droits d'enregistrement sur la cession des promesses de bail d'immeubles.

L'article 34 de la loi (art. 357 C.E.) stipule que :

« Toute cession du droit à un bail, ou au bénéfice
« d'une *promesse de bail* portant sur tout ou partie d'un
« immeuble, quelle que soit la forme qui lui est donnée
« par les parties, qu'elle soit qualifiée, cession de pas de
« porte, indemnité de départ ou autrement, est soumise
« à un droit d'enregistrement de 10 fr. pour 100 fr. avec
« addition des deux décimes institués par l'article 3 de
« la loi du 22 mars 1924.

« Ce droit est perçu sur le montant de la somme ou
« indemnité stipulée par le cédant à son profit. Il est
« indépendant de celui qui peut être dû pour la mutation
« de jouissance des biens loués ».

La loi de 1925, incorporée au Code de l'enregistrement, a formé pour le tout ou en partie les articles 96-117-157, 175-184-217 et 357 du Code de l'enregistrement.

L'écrit sous seings privés contenant la promesse devra être enregistré dans les trois mois de sa date, à défaut d'écrit il y aura lieu à déclaration.

Les dispositions de l'article 328 du Code de l'enregistrement, concernant les exonérations en faveur des actes de commerce ne leur sont pas applicables ³.

1. *Supra*, p. 150.

2. Maguéro, V° « Bail », N° 212 ; R.E., 8.586, 8.587-III.

3. Art. 35 ; C.E., 96.

A défaut d'enregistrement ou de déclaration dans les délais, il sera perçu un droit en sus avec minimum de 100 fr. en principal à la charge de chacune des parties.

Les parties sont tenues à l'affirmation de sincérité. L'insuffisance de prix peut être établie par expertise. Les dispositions des lois antérieures concernant les dissimulations de prix sont applicables¹.

Le même droit sera perçu sur la résiliation avec indemnité payée par le propriétaire au bénéficiaire (12% sur l'indemnité). Le droit de résiliation sera perçu séparément, car il y a deux transmissions de jouissance distinctes et, d'après la loi de 1925, les droits perçus sur l'une et sur l'autre sont indépendants. Nous constatons dans les dispositions de cette loi, deux dérogations importantes au droit commun.

La cession de promesse de bail est soumise, à défaut d'écrit la constatant, à la déclaration obligatoire dans les trois mois.

Elle se trouve taxée à un taux très élevé, dépassant celui qui frappe la vente de fonds de commerce lorsqu'il y a lieu d'appliquer la taxe de première mutation.

De plus, la cession de promesse de bail pouvant avoir lieu entre non-commerçants, contrairement à ce qui se passe pour la vente de fonds de commerce, le législateur a pris la précaution de stipuler que les dispositions de l'article 328 ne lui seraient pas applicables.

Pourquoi donc cet ensemble de sévères précautions ?

Le droit au bail ou la promesse de bail constituant un élément important de la valeur d'un fonds de commerce, il semblait facile d'éviter de payer, sur sa valeur, le droit de mutation, en en faisant une cession séparée, ou

1. Art. 36.

encore de dissimuler une vente de fonds de commerce sous une cession de bail ou de promesse de bail, autrement dit sous une cession de pas de porte.

La loi ne tarifiant que la cession de fonds de commerce et la cession de clientèle, on échappait à l'impôt, sans recours possible de la Régie.

C'est en effet ce qui se pratiquait. Il y avait là une véritable fissure. Pour la boucher, le moyen employé par le législateur de 1925 semblait tout indiqué : frapper la cession de bail ou de promesse de bail plus sévèrement que la vente de fonds de commerce.

Si nous nous reportons à l'exposé des motifs de la loi de 1925¹, nous constatons, en effet, que c'est dans un but purement fiscal, commandé par les circonstances, que ces mesures ont été prises. Elles ont été imaginées, y est-il dit, pour atteindre les cessions de *pas de porte* « qui donnent lieu depuis quelques années à une spéculation effrénée, principalement en matière de baux à usage commercial.

« Dans l'état actuel de la législation, les cessions de l'espèce ne supportent le plus souvent aucun droit d'enregistrement...

« Or, la plupart du temps, le prix convenu constitue, sans contre-partie, un bénéfice net pour le cédant, et il est inadmissible qu'une telle opération ne contribue pas aux charges de l'Etat.

« Les articles 33 bis à 33 quater (devenus l'art. 34) permettront d'atteindre les cessions de pas de porte. Le tarif prévu de 12 %, décimes compris, n'a rien d'excessif, étant donné, d'une part, que les profits réalisés par les cédants ont leur source principale dans

1. Chambre N° 441, J.O., 12 décembre 1924, p. 1401 ; D., 1925-4-300.

« la spéculation et que, d'autre part, les cessions qu'il
 « s'agit d'imposer contribuent dans une large mesure à la
 « hausse du coût de la vie ».

Il fallait frapper la promesse de bail comme le bail lui-même, car il eut été trop facile, pour échapper à la loi, de remplacer le bail par une simple promesse, ayant à l'égard du cessionnaire la même valeur que le bail lui-même.

Remarquons en terminant, que la cession de bail, ou de promesse de bail, comprise dans la cession d'un fonds de commerce, se trouvera taxée au droit de mutation des fonds de commerce, comme les autres éléments¹, ce qui est bien conforme à l'esprit de la loi.

§ 3. *Les cessions d'ouvertures de crédit*

La question ne présentant pas de difficulté, nous nous contenterons d'en faire un rapide exposé².

Deux cas sont à considérer, selon que la cession est faite par le crédit ou par le créiteur.

Premier cas. — Par le crédit.

Si la cession est faite avec le concours du créiteur, on se trouve en présence d'une nouvelle ouverture de crédit passible du droit proportionnel.

Si la cession est faite par le crédit seul, c'est le droit fixe des actes innomés qui sera perçu. Le droit de quittance sera dû si le prix est payé comptant. Dans le cas où il est stipulé payable à terme, le droit d'obligation devra être perçu.

1. Voir Dalloz, déjà cité.

2. Maguéro, V^o « Crédit », N^o 21.

Deuxième cas. — Par le créiteur.

Lorsque le crédit intervient, nous retrouvons le premier cas envisagé ci-dessus : le droit d'ouverture de crédit est dû.

Lorsqu'au contraire le créiteur agit seul, il y a seulement subrogation dans son obligation.

Si le crédit est réalisé, c'est alors une cession de créance passible du droit de 1,50 %.

SECTION II

LES RENONCIATIONS

Comme toute renonciation, la renonciation à une promesse peut se faire de deux manières : soit *in favorem*, soit purement et simplement.

Dans le premier cas, la renonciation est translatrice ; dans le second, elle est simplement extinctive.

A. — *La renonciation translatrice.*

Cette renonciation se rapproche beaucoup de la cession et se trouve même souvent employée à la place de celle-ci. Dans ce premier cas, par l'effet de la convention, un tiers se trouve mis aux lieu et place du bénéficiaire.

De tels actes donnent lieu à la perception des droits auxquels la loi fiscale tarife les contrats qui ont été faits en réalité sous le nom de renonciation ¹.

Cependant, il faut remarquer qu'une condition est nécessaire pour que le droit de mutation soit exigible sur une renonciation : c'est l'acceptation de la renon-

1. Maguéro, V° « Renonciation », N° 34.

ciation par le bénéficiaire¹, c'est l'accord de volontés.

Lorsque cette condition est remplie, nous nous trouvons en face d'une véritable cession, et l'étude que nous en avons faite dans la section I s'applique à de telles renonciations.

D'ailleurs, le jugement du Tribunal de la Seine du 17 juillet 1912, dont nous avons parlé à propos des cessions², a été rendu à propos d'une renonciation contenue dans le contrat de vente d'un immeuble; renonciation faite par le locataire à la promesse de vente qui lui avait été consentie et à son droit au bail, moyennant un prix payé par l'acquéreur.

Le tribunal a jugé que cette renonciation dissimulait une cession et que le prix payé pour la renonciation donnait ouverture au droit de 0,50 % (aujourd'hui 0,75 %) sur la fraction versée à titre d'indemnité de résiliation de bail et au droit de 2 % (aujourd'hui 7 %) sur la fraction afférente à la cession de promesse de vente :

« Attendu que la somme versée à titre d'indemnité de
« résiliation et celle versée à titre de prix de cession de la
« promesse de vente sont bien relatives à des dispositions
« juridiquement indépendantes et doivent, en consé-
« quence, être soumises chacune à des taxations différen-
« tes, d'après la ventilation que la partie redevable devra
« faire sur la totalité de la somme payée ».

La question semble bien posée : d'un côté, indemnité de résiliation, de l'autre, cession de droit. Nous avons discuté précédemment l'application du tarif de vente mobilière faite par le tribunal à la cession, nous ne croyons pas devoir y revenir.

1. Sol. 8 février 1879, Loire-Inférieure, *R.E.*, 6.155-II.

2. *R.E.*, 5.903, *supra*, p. 152.

B. — *La renonciation extinctive.*

Dans ce deuxième cas, le bénéficiaire disparaît. Lorsqu'elle est purement extinctive, sans compensation, la renonciation ne peut donner ouverture à aucun droit proportionnel. Est-elle soumise à un autre droit ?

La loi du 22 frimaire an VII ne tarife que les renonciations à successions, legs ou communauté.

« Il s'ensuit¹ que toute renonciation pure et simple ou
« tout autre acte analogue qui ne peut être considéré
« comme un désistement de succession, de legs ou de
« communauté rentre dans la catégorie des actes innomés
« passibles, lorsque ce sont des actes civils, du droit
« fixe de 22,50 et des actes extrajudiciaires du droit
« fixe de 15 fr. ».

Cependant, il faut considérer le cas où la renonciation extinctive est faite moyennant indemnité ; l'indemnité étant payée par le promettant au bénéficiaire renonçant.

Quel sera, alors, le droit à percevoir sur l'indemnité stipulée ?

Nous avons vu² que la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 février 1873, avait reconnu que la renonciation du bénéficiaire a seulement un effet libératoire au profit du promettant, et n'entraîne que le droit proportionnel de libération sans aucun droit de mutation.

Le Tribunal de Douai a rendu, le 14 avril 1927³, un jugement où il est dit que la cession de promesse de vente ne comportant pas transmission d'un droit de propriété ne saurait, pas plus que sa création, être assujettie au droit de mutation mobilière.

1. Maguéro, V° « Renonciation », N° 20.

2. *Supra*, p. 150, cité par Planiol et Ripert, *Traité pratique*, « Vente, promesse de vente », N° 189.

3. R.E., 9.178.

Le tribunal ajoute qu'il en est de même, à plus forte raison, de la simple renonciation au droit de se prévaloir d'une promesse de vente, qui a un caractère purement extinctif et n'est passible que du droit fixe :

« Attendu qu'au surplus, la convention intervenue
 « entre S., et le Comptoir de l'Industrie linière, ne saurait
 « être assimilée à la cession d'un droit, pas plus que la
 « résiliation d'un bail ne peut être assimilée à la cession
 « de ce bail, qu'elle est une convention synallagmatique
 « *sui generis*, par laquelle le débiteur obtient l'extinction
 « d'une obligation de faire moyennant une indemnité
 « en argent ;

« Attendu que l'acte du ... (la renonciation) aurait dû,
 « par conséquent, être enregistré au droit fixe ».

Ordonne la restitution et condamne l'Administration en tous les dépens.

Il semble bien que, dans l'espèce, la perception du droit fixe n'était pas justifiée. Une indemnité ayant été versée, pourquoi ne pas la taxer au droit d'indemnité mobilière de l'article 360 du Code de l'enregistrement ?

Ce droit semblerait même mieux adapté à l'opération envisagée que le droit de libération appliqué par la Cour de cassation.

L'objet principal de notre acte n'est pas, en effet, de constater le versement d'une somme d'argent et d'en donner quittance, mais bien de reconnaître l'extinction d'un droit moyennant le paiement d'une indemnité. Paiement pouvant avoir lieu au comptant ou à terme, cela n'est qu'une disposition dépendante de la disposition principale, sans intérêt à notre point de vue.

La Direction générale, voyant le jugement du Tribunal de Douai renverser toute sa théorie, l'avait déféré à

la Cour suprême. Cependant l'Administration vient de se désister de son pourvoi.

Elle reconnaît désormais que le droit d'indemnité mobilière de 0,75 % est seul exigible sur les indemnités stipulées en contre-partie de la renonciation faite *au profit du propriétaire de l'immeuble*, au bénéfice d'une promesse de vente.

Cette solution aurait été prise en raison de la tendance manifestée par la Cour de cassation de considérer les actes portant résiliation de contrat ou renonciation au bénéfice d'un contrat comme extinctifs, plutôt que comme translatifs de droits¹.

Cette décision est conforme à l'avis que nous émettions plus haut en nous basant sur la véritable nature juridique de l'opération. L'intérêt du fisc est sacrifié au profit d'une saine application des principes du droit.

CHAPITRE II

LES TRANSMISSIONS PAR DÉCÈS

Les promesses de contrat font partie du patrimoine du promettant et du patrimoine du bénéficiaire.

Elle figurent comme dette au passif du premier et comme créance à l'actif du second.

Au décès de l'un et de l'autre, elles se trouvent donc transmises aux héritiers, légataires ou successeurs, comme les autres biens ou comme les autres obligations.

Devront-elles figurer dans la déclaration de succession du créancier et pour quelle valeur ?

1. Cass. civ., 5 février 1873, D., 74-1-121 ; Cass. req., 5 mars 1930, R.E., 9.309 ; R.E., 10.542.

Viendront-elles en déduction de l'actif du promettant ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner dans ce chapitre II.

Nous envisagerons successivement les deux cas suivants :

Dans la section I, la promesse figure à l'actif du de cujus.

Dans la section II, la promesse figure au passif.

Enfin, dans un appendice, nous parlerons des répercussions de la loi de 1930 au moment du décès du promettant ou du bénéficiaire, lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente d'un terrain loti ou à lotir.

SECTION I

PROMESSE FIGURANT A L'ACTIF DU DE CUJUS

Il faut reconnaître que l'on trouve, à ce sujet, peu de chose soit dans la jurisprudence, soit dans les autres sources où nous avons puisé. La raison ? Elle semble facile à trouver.

Un élément d'actif déclaré, c'est une augmentation des droits à payer. Or, la fraude est ici bien facile à faire.

Lorsque la promesse n'a pas été enregistrée, elle peut aisément rester secrète. Pourquoi donc en faire la déclaration au moment du décès si l'on a la quasi-certitude de l'impunité ? Il est bien tentant de s'abstenir et c'est ce qui doit arriver dans la plupart des cas. Cependant, il est juste de dire que « les actions du défunt lui « ouvrant des droits éventuels ou conditionnels ne sont « pas, en général, susceptibles d'être comprises parmi les

« biens à déclarer par les héritiers car elles ne constituent pas une valeur proprement dite »¹.

Il n'y aura donc, en général, pas lieu à déclaration et par suite pas de droits de mutation à payer.

Cependant, de telles actions peuvent avoir une « valeur intrinsèque »² et, dans ce cas, il y aura lieu de les comprendre dans la déclaration de successions.

C'est ce qu'explique très bien une réponse ministérielle faite à une question écrite du 3 novembre 1925 de M. Poitou-Duplessis, député³ :

« La promesse de vente et le droit au bail constituent
« des droits incorporels, susceptibles, en principe, d'être
« aliénés à prix d'argent. Si, au moment du décès du
« bénéficiaire, ces droits ont une valeur intrinsèque
« appréciable pécuniairement, ils doivent être compris
« dans la déclaration de la succession et soumis aux
« droits de mutation au même titre que les autres biens
« meubles et immeubles composant le patrimoine du de
« cujus ».

SECTION II

PROMESSE FIGURANT AU PASSIF DU DE CUJUS⁴

Il s'agit ici d'une déduction possible du montant de l'actif, nous serons un peu plus riche en documents.

La dette du promettant est en réalité une obligation de faire, elle n'est évidemment pas susceptible d'être portée au passif de la succession, dans les conditions prévues par la loi fiscale (art. 55 et suiv., C.E.).

1. Maguéro, V° « Actions mobilières et immobilières », N° 17.

2. Spécialement dans le cas où l'immeuble, objet de la promesse, a sensiblement augmenté de valeur, depuis que celle-ci a été consentie.

3. *R.E.*, 8.324-XIX; *J.O.*, 3 décembre 1925, Ch. Déb., p. 3.980, col. 1.

4. Maguéro, V° « Successions », N° 400-401.

Il n'en est pas moins vrai qu'au cas d'acceptation de la promesse, c'est le prix stipulé dans cet acte qui sera encaissé par le promettant et non la valeur vénale de l'immeuble.

Si donc cette valeur vénale est supérieure au prix stipulé, il se produit dans la patrimoine du promettant, tant que durera cette situation, une diminution de valeur égale à la différence entre ces deux sommes, que nous pourrions considérer comme un passif créé par l'engagement du promettant.

Or, la loi fiscale est formelle ; il faudra, au décès du promettant, déclarer l'immeuble pour sa valeur vénale et payer les droits de mutation sur cette valeur.

Il s'ensuivra souvent, à l'égard des héritiers, si l'option consentie par leur auteur est levée, une véritable iniquité. Ils devront payer pour une valeur qu'ils ne recueilleront pas.

Le Tribunal de Pontoise fait une stricte application de la loi dans un jugement rendu le 25 juillet 1927¹.

« Attendu, porte ce jugement, qu'en matière de promesse de vente, simple obligation de faire, dépourvue de toute rétroactivité, il faut se placer au jour de la réalisation pour apprécier la valeur des immeubles, qu'ainsi les consorts D., ne pouvaient fixer la valeur définitive des immeubles par cet acte dans lequel la loi leur interdisait de renoncer à toute demande de rescision pour lésion.

« Attendu, au surplus, que l'acte invoqué constitue pour la Régie *res inter alios acta* et que l'Administration chargée des intérêts du Trésor, trouve dans les lois

1. R.E., 8.808.

« précitées et d'autres les pouvoirs et moyens nécessaires
« pour démasquer les fraudes fiscales.

« Attendu que la demande de limitation de l'expertise
« ne saurait être admise ».

Devant une telle situation, on doit se demander si, vraiment, il n'y aurait pas moyen d'y porter remède.

Le Tribunal de Bordeaux par un jugement du 12 février 1906¹, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1912², a jugé suffisante la déclaration du prix stipulé, dans une espèce où la promesse avait été réalisée entre le décès et la déclaration de succession.

Un testateur, après avoir consenti à un tiers au sujet d'un immeuble lui appartenant, une promesse de vente, réalisable notamment dans les deux ans qui suivront son décès, dispose au profit d'un légataire du prix de la vente au cas où celle-ci se réaliserait et de l'immeuble lui-même au cas contraire.

Moins de six mois après le décès du disposant, sommation est faite aux ayants droit d'avoir à réaliser la vente.

A cette occasion le Tribunal de Bordeaux rend le 24 juin 1903 un premier jugement, confirmé sur appel par la Cour de Bordeaux, aux termes duquel il déclare que c'est aux héritiers naturels et non au légataire particulier à consentir la vente au bénéficiaire de la promesse.

En se basant sur ces décisions, l'Administration de l'enregistrement fait décerner contre les héritiers une contrainte pour paiement des droits de mutation sur la valeur du domaine, objet de la promesse de vente.

Sur opposition des héritiers, l'affaire fut portée devant le Tribunal de Bordeaux ; celui-ci jugea que si le légataire acquitte le droit de mutation sur le prix à lui légué,

1. R.E., 4.085.

2. R.E., 5.622.

les héritiers ne sont tenus à aucune déclaration au sujet de l'immeuble lui-même.

Le tribunal, d'ailleurs, ne motivait pas sa décision, se bornant à dire que si les héritiers n'ont jamais été propriétaires de l'immeuble « cela est d'évidence et n'a pas besoin d'être démontré ».

Il est certain que cette solution a été dictée par le souci d'éviter l'iniquité dont nous avons parlé, c'est une solution d'équité.

La valeur vénale était, dans l'espèce, bien supérieure au prix stipulé. En suivant la demande de la Régie, les héritiers, payant sur la valeur vénale et ne pouvant déduire de l'actif que le prix de vente, montant du legs, étaient tenus de droits importants à raison d'un bien dont la propriété n'a fait que passer par leurs mains.

En droit, cela paraît bien certain, étant donné que la promesse ne rétroagit pas lors de sa réalisation, la mutation par décès a eu lieu à leur profit.

L'Administration ne se tint pas pour battue et porta l'affaire devant la Cour suprême. Cette dernière rendit un arrêt le 1^{er} décembre 1912, confirmant le jugement :

« Attendu, etc... qu'A.D., en attribuant auxdits
« légataires, soit le prix des immeubles affermé à J.L.,
« soit ces immeubles eux-mêmes, avait nettement
« manifesté sa volonté que le domaine litigieux ne devait,
« en aucun cas, faire retour à ses héritiers naturels ;

« Attendu que seuls sont assujettis à l'impôt de muta-
« tion, les actes qui opèrent une transmission effective
« de propriété et qu'en l'espèce aucune translation du
« domaine de Coulon ne s'étant opérée au profit des
« héritiers naturels, le jugement attaqué a décidé avec
« raison qu'ils n'étaient pas soumis de ce chef au droit
« proportionnel ».

Comme le jugement précédent, l'arrêt de la Cour est dicté par une raison d'équité.

On est obligé de relever dans cet arrêt une contradiction : en admettant la thèse de la Cour, le légataire devait payer le droit de mutation par décès sur le revenu multiplié par 25, soit sur 414.737 fr. et non sur 200.000 fr., prix stipulé dans la promesse.

Il aurait eu, ainsi, à payer une somme au moins égale à celle réclamée aux héritiers par la Régie.

Au contraire, la Cour ne taxe que le montant du legs, soit 200.000 fr.

Pourquoi ? Admettrait-elle que la promesse de vente rétroagit ? Ce serait contraire à sa jurisprudence constante, comme nous le savons.

Cependant, malgré cela, on peut se demander si elle n'aurait pas pu, dans l'espèce, faire intervenir la volonté du défunt pour faire rétroagir la promesse, l'ordre public n'étant pas en cause.

Il est encore à remarquer qu'en ce qui concerne le légataire, la solution d'équité ne s'imposait plus, la mutation par décès à son profit et la mutation résultant de la vente, au profit de l'acquéreur, étant bien distinctes, devaient être toutes deux taxées ; le légataire y aurait encore trouvé son profit.

Nous voyons donc deux solutions extrêmes : celle du Tribunal de Pontoise, dans le cas où l'obligation du promettant est purement éventuelle : droit de mutation sur la valeur vénale au décès ; celle de la Cour de cassation, dans le cas où la promesse est réalisée : droit de mutation sur le prix stipulé dans la promesse.

Il semble bien qu'il faudrait trouver le moyen de les concilier. Ne pourrait-on considérer que les droits seraient dus sur la valeur vénale diminuée d'une certaine somme

représentant la dépréciation résultant du risque constitué par l'éventualité de la réalisation, lorsque le prix stipulé est inférieur à la valeur de l'immeuble¹. Ou encore, ne pourrait-on envisager la restitution d'une partie des droits de mutation perçus au moment du décès, dans le cas où la promesse serait réalisée par les héritiers ; ce qui éviterait, peut-être, le gros danger de fraude résultant de la possibilité pour les propriétaires de consentir, à bas prix, des promesses de vente fictives sur leurs immeubles.

Nous tombons, ainsi, dans le domaine du législateur.

APPENDICE

La loi du 30 juillet 1930 et les mutations par décès

En droit commun, pas de doute possible, si la promesse de vente n'a pas été acceptée par le bénéficiaire avant le décès du promettant, l'immeuble reste dans le patrimoine de ce dernier. Il sera compris dans la déclaration de succession.

Il en était ainsi avant la loi de 1930 pour les terrains lotis ou à lotir.

Depuis, les choses ont changé. Sans parler de la dépréciation que peut subir l'immeuble en conséquence de la promesse dont il est l'objet, son sort au moment du décès pourra être en balance, la loi de 1930 pouvant, dans certains cas, faire rétroagir l'effet de la réalisation postérieure au décès.

Nous avons vu, en étudiant précédemment la loi de 1930, que le terrain reste dans le patrimoine du promettant tant qu'il n'y a pas eu paiement d'un acompte et prise de

1. R.E., 8.808, déjà cité.

possession. Si donc, au moment du décès, ces deux événements n'ont pas eu lieu, le terrain reste à la succession.

Il en sera de même si la prise de possession a eu lieu, mais si aucun acompte n'a été versé, puisque c'est à la date de ce versement que se produira la mutation. Qu'arrive-t-il si le versement a été fait antérieurement au décès et si la prise de possession a lieu après le décès ? Dès que cette deuxième condition s'accomplit, elle rétroagit, l'immeuble est sorti du patrimoine du de cujus à la date du versement.

Il n'y aura pas de déclaration à faire pour le terrain et, si elle est faite, les droits payés sont restituables.

Si l'on considère maintenant la succession du bénéficiaire, elle s'établira d'une manière corrélatrice.

Si les deux faits ne se sont pas produits avant le décès, le terrain ne fait pas partie de la succession. Il en est de même si la prise de possession seule a eu lieu avant le décès.

Si, au contraire, le versement avait été fait avant et si les héritiers prennent possession après, l'arrivée de cette condition fait rétroagir la promesse et l'immeuble tombe dans la succession du bénéficiaire.

« Sans doute, ce second événement n'émane pas du « bénéficiaire, mais de ses ayants droit, mais il est le « complément de la mutation conditionnelle dont le « principe a été constitué par lui et qui ne peut s'accomplir qu'en sa personne »¹.

Le terrain devra donc être compris dans la déclaration de succession du bénéficiaire, et si cette déclaration a été souscrite, il y aura lieu de faire une déclaration complémentaire.

1. J.E., 34.061.

TITRE III

CONTRATS ACCESSOIRES ET IMPOTS ANNEXES AUX DROITS D'ENREGISTREMENT

Dans ce titre III et dernier de notre Deuxième Partie, nous nous proposons de rechercher quelles sont les répercussions des promesses de contrat sur les contrats accessoires qui peuvent être passés comme compléments de ces promesses, et sur la perception des impôts, autres que les droits d'enregistrement, perçus par l'Administration de l'enregistrement : timbre, impôt sur les intérêts des dépôts et droit de transcription.

Dans un chapitre premier, nous traiterons des contrats accessoires.

Les impôts annexes aux droits d'enregistrement feront l'objet du chapitre II.

CHAPITRE PREMIER

LES CONTRATS ACCESSOIRES

Notre intention est d'étudier, dans ce chapitre, l'hypothèque et le cautionnement.

Nous considérerons ces contrats lorsqu'ils auront pour but de garantir une créance résultant de la réalisation

de la promesse. En effet, c'est seulement dans ce cas qu'ils participeront du caractère *éventuel* de la promesse.

La section I sera consacrée à l'hypothèque, la section II au cautionnement.

SECTION I

L'HYPOTHÈQUE

Il arrive fréquemment qu'une hypothèque soit consentie par le promettant au profit du bénéficiaire d'une promesse de vente, dans le but de fournir à ce dernier une garantie de l'exécution de l'obligation du promettant¹, et notamment du paiement d'un dédit, à titre de dommages et intérêts, ou du remboursement d'un dépôt de garantie. Dans ce cas, l'hypothèque garantit une créance actuelle et sa constitution et son inscription se font selon les règles ordinaires, entraînant la perception des droits établis par la loi.

C'est donc spécialement de l'hypothèque consentie en garantie de l'ouverture de crédit qu'il sera question ici.

La perception de la taxe hypothécaire concernant l'inscription de telles hypothèques a été réglée par la loi du 27 juillet 1900, devenue l'article 767 du Code de l'enregistrement.

Il y est dit : « Toutefois, le taux de 0,50 % est réduit
« de moitié pour l'inscription des hypothèques
« prises en vertu d'actes d'ouverture de crédit, non
« réalisé ; le complément de la taxe de 0,50 % deviendra
« exigible lors de la réalisation ultérieure du crédit ».

1. Planiol, II, N° 1.403.

Tout se passe donc pour la perception de la taxe hypothécaire parallèlement à ce qui a été établi pour les droits d'enregistrement.

Le législateur de 1871, en établissant le droit proportionnel réduit sur l'ouverture de crédit, avait taxé l'hypothèque prise en vertu de cette ouverture, au droit d'hypothèque fixé à 1 ‰ par l'article 60 de la loi du 28 avril 1816 (Loi de 1871, art. 5 *in fine*).

Il donnait comme raison que l'hypothèque en question garantissant à sa date toutes les réalisations ultérieures, il était juste que l'impôt qui lui était applicable fût perçu au moment même de l'inscription ¹.

Celui de 1900 nous paraît être plus dans la vérité en harmonisant la perception de la taxe hypothécaire, qu'il créait, avec la perception du droit d'enregistrement.

« Enfin, dit M. Boulanger, dans son rapport au Sénat
« du 6 juillet 1900 ², il y a une série d'actes à transcrire
« auxquels il serait injuste d'appliquer le plein tarif, ce
« sont et les actes d'ouverture de crédit. Ces excep-
« tions se justifient facilement..... Il serait excessif de
« les grever immédiatement du plein tarif de 0,30 %.

« Il en est de même pour les inscriptions résultant
« d'actes d'ouverture de crédit.

« Ces actes, comme on le sait, ne constituent des actes
« d'obligation que sous une condition suspensive

« A raison de cette circonstance, ils étaient dispensés
« précédemment (avant 1871), de tous droits propor-
« tionnels aussi bien au bureau de l'Enregistrement qu'au
« bureau des Hypothèques. Il n'est cependant pas juste
« qu'une obligation qui n'existe, pour ainsi dire, qu'à

1. D., 1871-4-62 et note 6.

2. D., 1900-4-57 (sur l'art. 3).

« l'état de promesse, soit tarifée immédiatement au
« plein tarif.

.....

« Il est juste de ne l'imposer que quand l'obligation a
« pris naissance. Ces diverses considérations nous ont
« déterminé, d'accord avec le Gouvernement, à vous
« demander une légère modification des tarifs votés par
« la Chambre »

(0,30 %, sans distinction).

C'est évidemment l'expression de la vérité, le contrat accessoire suit le sort du principal, et, si l'hypothèque prend rang à la date de son inscription, elle n'existera que si le contrat de prêt a été formé par la réalisation de l'ouverture de crédit.

La jurisprudence admet d'ailleurs que, lorsque la réalisation du crédit est prouvée à l'égard du droit d'enregistrement, elle l'est également vis-à-vis du droit d'hypothèque ¹.

Il y aura donc paiement de la demi-taxe de 0,25 % par l'inscrivant, au moment de l'inscription. Le recouvrement du complément de la taxe pourra se faire aussi bien contre le débiteur que contre le créancier requérant ².

Lors de la radiation, s'il est précisé que le crédit n'a pas été réalisé, il n'y aura pas perception du complément et la taxe de radiation ne sera pas due dans ce cas ³.

Pour assurer le recouvrement du complément de taxe, l'Administration a organisé un système de surveillance.

Le conservateur qui a pris l'inscription doit faire le renvoi de la recette du droit de 0,25 % au receveur qui a enregistré l'acte d'ouverture de crédit.

1. Maguéro, V° « Crédit, droit d'hypothèque », N° 63 ; Inst. 2.385, § 1.

2. Cass., 19 janvier 1869, Inst. 2.385, § 1.

3. Maguéro, V° « Crédit », N° 68.

Ce dernier doit indiquer, en marge de l'enregistrement ou en marge de l'article ouvert au sommier de surveillance du bureau, la date de l'inscription hypothécaire et le bureau où elle a été prise (Inst. 3.018, § 6, p. 11).

Le cas échéant, il poursuit le recouvrement simultané du complément de droit d'enregistrement et de taxe hypothécaire (Inst. 3.082).

Une exception est faite pour les inscriptions prises au profit du Sous-comptoir des entrepreneurs. En effet, si ces inscriptions sont assujetties à la même taxe que celles prises au profit des particuliers, les actes d'ouverture de crédit ne sont passibles que du droit fixe. Dès lors, les receveurs n'ont pas à surveiller la réalisation et ne sont pas à même d'assurer le recouvrement du complément de taxe hypothécaire.

L'Administration a donc décidé que, dans ce cas, les renvois seraient adressés par les conservateurs à la direction de l'Enregistrement à Paris. Le cas échéant, le conservateur réclamera le complément de taxe au reçu d'un bulletin de renseignement que lui fera parvenir la Direction¹.

SECTION II

LE CAUTIONNEMENT

L'article 360 du Code de l'enregistrement dispose notamment que :

« Les cautionnements de sommes et objets mobiliers,
« les garanties mobilières et les indemnités de même
« nature sont assujettis à un droit de 0,75 par 100 fr.

1. Inst. 3.291, § 36, *R.E.*, 5.018.

« Le droit sera perçu indépendamment de celui de la
« disposition que le cautionnement, la garantie ou l'in-
« demnité aura pour objet, mais sans pouvoir l'excéder ».

Mais la perception peut se trouver suspendue si le cautionnement est affecté d'une condition suspensive.

« Seulement¹ comme l'obligation de la caution est de
« sa nature éventuelle, étant subordonnée à la condition
« que le débiteur ne payera pas, il est nécessaire de
« considérer pour l'application du tarif, si la promesse de
« payer est soumise à une autre condition, ou encore, si
« l'obligation cautionnée est elle-même ferme ou éven-
« tuelle ».

En réalité la perception n'est suspendue que si le contrat est « doublement conditionnel »².

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

Le cautionnement destiné à garantir l'ouverture de crédit se trouve précisément dans ce cas : l'obligation de rembourser du crédit étant au moment de la convention une obligation éventuelle ; il ne sera donc passible que du droit fixe de 22 fr. 50.

Le droit proportionnel de cautionnement ne devenant exigible qu'au fur et à mesure de la réalisation du crédit, d'après le tarif en vigueur au jour de l'acte³.

1. Maguéro, V° « Cautionnement », N° 19.

2. Championnière et Rigaud, N° 1. 423.

3. Maguéro, V° « Cautionnement », N° 96.

CHAPITRE II

LES IMPOTS ANNEXES AUX DROITS D'ENREGISTREMENT

Dans ce chapitre seront signalées les difficultés que l'on peut rencontrer, à propos des promesses de contrat, pour la perception des impôts annexes aux droits d'enregistrement.

Il sera divisé en trois sections :

La section I, consacrée à l'impôt du timbre,

La section II, à l'impôt sur les intérêts des dépôts,

La section III, au droit de transcription.

SECTION I

LE TIMBRE¹

1^o La promesse unilatérale est soumise à l'impôt du timbre, conformément au droit commun, et notamment, les promesses unilatérales de vente n'ayant aucun caractère translatif, l'exemption édictée par la loi du 22 avril 1905 (art. 6), limitée par la loi du 13 juillet 1925 (art. 67) aux ventes d'un prix égal ou inférieur à 5.000 fr., ne s'applique pas à ces actes².

2^o Mais, par contre, dans ce dernier cas, l'acte constatant la réalisation est dispensé du timbre. On peut même expédier sur papier libre la promesse et sa réalisation, qui forment par leur réunion le titre de la vente³.

1. Voir pour les ouvertures de crédit avec nantissement de titres (Loi du 11 septembre 1919), Maguéro, V^o « Crédit », N^o 71.

2. *R.N.*, 1910, N^o 14.131, Bordeaux, 21 janvier 1913 ; *Rép. périodique de l'enregistrement*, 1916, N^o 13.401.

3. Maguéro, V^o « Ventes d'immeubles », N^o 396.

3° Par exception au principe que deux actes différents ne peuvent être rédigés sur une même feuille de timbre (Loi du 22 brumaire an VII, art. 22), il est admis que la réalisation de la vente peut être rédigée à la suite de la promesse ¹.

4° L'Administration est d'avis que l'intervention du bénéficiaire d'une promesse de vente, faite dans un contrat de vente pour y renoncer, constitue une disposition indépendante. Elle donne ouverture à un droit fixe particulier et rend l'acte de vente passible du timbre, lorsque la vente elle-même en aurait été dispensée par application des lois de 1905 et de 1925 précitées.

En effet, l'intervention d'un tiers à la vente ne constitue pas une disposition indépendante dès lors que cette intervention est nécessaire à la perfection du contrat. Dans le cas envisagé, au contraire, le bénéficiaire n'ayant sur l'immeuble aucun droit réel, le défaut d'accomplissement par le vendeur de son engagement ne se résoudra que par des dommages-intérêts et ne menace en rien la perfection du contrat ².

SECTION II

L'IMPÔT SUR LES INTÉRÊTS DES DÉPÔTS

Nous avons vu que les promesses entraînaient souvent le dépôt, entre les mains du promettant, d'une certaine somme à titre de garantie, notamment dans le bail avec promesse de vente.

Dans une espèce soumise au Tribunal de la Seine, il avait été stipulé que le dépôt de garantie produirait

1. Sol. de la Régie du 1^{er} août 1870, *R.N.*, N° 14.059.

2. *R.E.*, 1907, 4.238-IV.

intérêts et que ce dépôt et les intérêts capitalisés deviendraient en toute hypothèse la propriété du promettant, soit à titre d'indemnité de résiliation, soit par imputation sur le prix, si la promesse se réalise.

La question se posait de savoir s'il y avait lieu de payer sur ces intérêts l'impôt établi par la loi du 31 juillet 1917.

Le tribunal, dans son jugement rendu le 19 février 1927¹, a décidé que l'impôt était dû, parce que tant que la résiliation ou la réalisation ne se sont pas produites, le locataire reste propriétaire du dépôt et, par suite, créancier des intérêts. L'imputation prévue en cas de réalisation aurait elle-même le caractère d'un remboursement.

Il y avait lieu, semble-t-il, de déterminer exactement la nature du dépôt fait entre les mains du promettant. Pour cela on pouvait distinguer selon l'utilisation possible de ce dépôt, soit comme indemnité de résiliation, soit comme acompte sur le prix.

Dans le premier cas, il constitue un véritable cautionnement dans le sens de dépôt d'argent destiné à servir de garantie pour des créances éventuelles².

Dans le deuxième cas, c'est un véritable dépôt.

Or, la loi de 1917 (art. 83) assujettit à l'impôt sur le revenu les intérêts des « cautionnements en numéraire », sans restriction, tandis qu'elle vise seulement les intérêts des dépôts de sommes d'argent « à vue ou à échéance fixe ».

Nous voyons donc, que, dans le premier cas les intérêts doivent payer l'impôt, car il y a cautionnement, et que, dans le deuxième cas, ils lui échappent puisqu'il s'agit d'un dépôt à *échéance conditionnelle*.

1. *R.E.*, 1928, 8.746.

2. *Planiol*, t. II, 2.323, note.

L'impôt sur le revenu ne pourrait donc se justifier que dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le contrat est destiné à être résilié.

Si la perception a été faite, pendant la durée du contrat en raison de son caractère éventuel, il y aurait lieu à restitution, au cas où la promesse de vente est finalement réalisée.

SECTION III

LE DROIT DE TRANSCRIPTION

Cette section concerne uniquement les promesses de vente, d'échange ou de bail, relatives à des immeubles. Car c'est seulement à propos de telles promesses qu'il peut être question de transcription.

Elle sera divisée en six paragraphes :

- § 1. La promesse de vente.
- § 2. La réalisation de la promesse de vente.
- § 3. La résiliation de la promesse de vente.
- § 4. La renonciation à la promesse de vente.
- § 5. Le régime d'Alsace-Lorraine.
- § 6. La promesse d'échange, la promesse de bail.

§ 1. *La promesse de vente*

1^o Lorsque la promesse de vente vaut vente elle doit être transcrite, mais il n'en est pas ainsi de la promesse unilatérale.

La transcription a été établie comme publicité pour les actes entraînant mutation de propriété immobilière, ou modification grave dans la jouissance des immeubles. Or, nous savons que la promesse unilatérale ne produit

pas de tels effets, elle n'entre pas dans les catégories d'actes énumérées limitativement par la loi :

Elle ne produit pas de transmission de propriété, elle ne crée pas de droits réels ou personnels assujettis à publicité. Elle n'est donc pas de nature à être transcrite ; c'est un point définitivement acquis.

Le droit de transcription ne sera donc pas perçu sur l'enregistrement de la promesse.

2° Cependant, s'il n'est pas nécessaire de faire transcrire une promesse unilatérale, certains prétendent que cette formalité peut être de quelque utilité.

On y voit un moyen d'écarter les amateurs et, en cas de revente de l'immeuble à un tiers, une facilité pour établir la mauvaise foi de l'acquéreur et pour faire annuler la vente.

Si l'immeuble est hypothéqué, et en cas de poursuite de la vente, le stipulant qui aura fait transcrire aura le droit de faire insérer un dire au cahier des charges pour se réserver de demander à l'adjudicataire la réalisation de la promesse.

En cas de faillite ou de liquidation judiciaire, on pourrait conclure que la promesse transcrite deviendrait opposable à la masse, et le stipulant pourrait en demander la réalisation au syndic ¹.

Tout ceci serait discutable, mais l'exactitude de ces prétentions importe peu au point de vue fiscal.

L'Administration de l'enregistrement n'est pas juge de la validité ni de l'utilité des actes présentés à la formalité.

En fait, il arrive que la transcription des promesses unilatérales de vente soit quelques fois requise ².

1. Boulard, thèse, p. 64 ; Ravoire, thèse, p. 109.

2. Maguéro, V° « Hypothèques », N° 200-II.

Il arrive aussi qu'elles sont présentées à la formalité en même temps qu'un autre contrat dont elles forment le complément, avec un bail de plus de 18 ans, ou un acte d'affectation hypothécaire, par exemple.

3^o Dans l'un et l'autre cas, quel droit sera perçu et quand sera-t-il perçu ?

Le droit proportionnel de 2,50 % (sur la valeur de l'immeuble, objet de la promesse) est dû « soit que l'on « considère la formalité comme utile aux intérêts de « l'acquéreur, soit même qu'on la regarde comme inopérante parce qu'elle ne rentre pas dans la catégorie des « actes assujettis pour la première fois à la transcription par la loi du 23 mars 1855 »¹.

La jurisprudence est fixée en ce sens. La perception se fera au moment de la formalité, par le conservateur ; on a discuté sur le point de savoir si la chose était possible, mais aujourd'hui la jurisprudence est unanime pour admettre cette manière de procéder².

Celui-ci est tenu de déférer à la réquisition des parties sans pouvoir, en aucun cas, ni refuser, ni retarder la transcription des actes qui lui sont présentés (C.civ., 2199).

Le droit sera exigible sur la promesse de vente présentée seule à la formalité ou contenue dans un bail, ou dans un acte d'affectation hypothécaire, si l'acte est présenté en entier à la formalité ; les parties étant présumées avoir voulu faire transcrire toutes les dispositions par cela qu'elles n'en ont pas présenté un extrait³.

Si la promesse n'est pas réalisée, le droit perçu n'est

1. Maguéro, V^o « Hypothèques », N^o 291. Ravoire, thèse, p. 109 et jurisprudence citée.

2. Ravoire, thèse, p. 114.

3. Maguéro, V^o « Hypothèques », N^o 291. Ravoire, thèse, p. 114 et jurisprudence citée.

pas restituable, parce qu'il a été régulièrement perçu et acquitté volontairement par les parties.

Si la vente se réalise, il pourra être imputé sur celui qui sera perçu lors de l'enregistrement de la vente, en application de la règle « *non bis in idem* » (Inst. 2.673, § 9, p. 244). Mais pour qu'il en soit ainsi, l'Administration exige que la vente soit la réalisation pure et simple de la promesse, le « parachèvement de la mutation proposée ». Si cette condition n'est pas remplie, parce que l'acte renferme des dispositions nouvelles, ou des modifications importantes, la mutation s'opère « en vertu d'un « titre nouveau entièrement différent de la promesse » et toute cause d'imputation du droit de transcription déjà perçu fait, dès lors, entièrement défaut¹. Celui-ci reste donc acquis au Trésor et la vente est taxée au plein tarif.

Au cas de changement de tarif entre l'enregistrement de la vente et la transcription de la promesse, on appliquera celui de la réalisation en imputant la somme perçue lors de la transcription².

§ 2. *La réalisation de la promesse de vente*

La réalisation de la vente entraînant mutation de propriété immobilière doit être soumise à la transcription.

Lorsque cette réalisation a donné lieu à la rédaction d'un acte régulier, c'est évidemment cet acte qu'il faut transcrire. Il n'y a pas de difficulté.

Mais il arrive que le promettant se refuse à passer acte; nous avons vu que le bénéficiaire peut obtenir, malgré cela, la réalisation de la vente.

1. Chambéry, 14 mars 1902, *R.E.*, 2.994. Boulard, thèse, p. 64 et jurisprudence citée.

2. Maguéro, V° « Vente d'immeubles », N° 272.

Il est plus difficile, dans ce cas, de déterminer quels sont les documents à présenter à la formalité en vue de la transcription.

On peut dire, d'une manière générale, que la publicité devra s'étendre à tous les titres et documents qui révèlent aux tiers, d'une manière indiscutable, la conclusion du contrat.

Ce seront, par exemple, le jugement, l'exploit d'huissier, ou bien d'une part la promesse et de l'autre l'écrit contenant l'acceptation ou prouvant que cette acceptation est bien parvenue à la connaissance du promettant. Sous réserve de la controverse bien connue au sujet des contrats par correspondance¹.

§ 3. *La résiliation de la promesse de vente*

Une étude de cette question a été faite dans la *Revue de l'enregistrement* (1917, art. 6567, - XI). La question posée était la suivante :

Un bail avait été consenti pour 50 ans, à compter du 1^{er} janvier 1894, avec promesse de vente au profit du preneur. En janvier 1917, on dépose à la conservation des hypothèques, pour être transcrite, l'expédition d'un acte contenant résiliation du bail et de la promesse de vente et qui a été enregistrée au droit fixe. Quels sont les droits exigibles au Bureau des hypothèques ?

Si l'acte est transcrit complètement, il donne lieu à la perception :

1^o de la taxe hypothécaire sur les périodes à courir du bail résilié ;

1. Boulard, thèse, p. 105. Voir aussi Cass. req., 26 mai 1908, S., 1908, 5^e cahier, Sommaires, 1^{re} Partie, p. 52 ; R.E., 4.658, II.

2° du droit de transcription et de la taxe hypothécaire sur la valeur de l'immeuble qui fait l'objet de la promesse de vente.

Mais il est possible d'éviter la perception de ces deux derniers droits, en faisant transcrire un extrait de l'acte reproduisant seulement les clauses relatives à la résiliation du bail.

Il restera quand même un moyen de faire, si l'on y tient, la publicité concernant la promesse. Il suffira de demander la mention de la résolution, en marge de la transcription de la résiliation du bail.

En réalité, il n'y a pas de texte pour autoriser cette manière de faire.

La loi de 1855 (art. 4) ne prévoit cette formalité que pour les jugements prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit.

Mais les auteurs admettent la régularité de ce mode d'opérer en matière, notamment, de résolution volontaire¹.

La jurisprudence a consacré cette opinion².

Cependant, les conservateurs peuvent refuser, car, sans texte de loi, ils peuvent craindre d'engager leur responsabilité.

§ 4. *La renonciation à la promesse de vente*

La renonciation faite dans un contrat de vente d'immeuble, par le locataire, à la promesse de vente qui lui avait été consentie, doit-elle être transcrite en même temps que la vente?

1. D., *Répertoire*, V° « Transcription », Nos 102, 226, 264.

2. Voir l'article précité : *R.E.*, 4.658-II.

Il a été jugé par le Tribunal de la Seine, le 17 juillet 1912¹, que « la formalité, à moins de réquisition formelle, « n'est censée demandée que pour la vente proprement « dite et non pour la renonciation du locataire à ses droits. « Car, la transcription de cette dernière partie de la « convention n'est pas nécessaire pour assurer à l'ac- « quéreur un droit de propriété opposable aux tiers ; « en conséquence, le droit de transcription n'est pas dû « sur le prix de la renonciation ».

Il est à remarquer que la jurisprudence de la Cour de cassation admet que le conservateur doit vérifier, sans s'arrêter aux énonciations de l'acte qui lui est présenté, la nature des valeurs transmises et ne percevoir le droit proportionnel que sur les immeubles.

Mais l'Administration soutient que cette jurisprudence doit être limitée au cas *exceptionnel* où l'acte renfermerait mutation de valeur d'une nature si *évidemment mobilière*, que la formalité ne pourrait, sous aucun rapport, être censée avoir été requise en ce qui concerne ces valeurs². Mais cette interprétation est sujette à caution et, en cas de doute, le conservateur agira prudemment en exigeant des parties une réquisition limitative, ainsi que l'Instruction 2.324 le prescrit formellement.

§ 5. *Le régime d'Alsace-Lorraine*

Rappelons ici, pour mémoire, que les promesses de vente figurent, sous l'article 38 de la loi du 1^{er} juin 1924, parmi les restrictions au droit de disposer qui doivent faire l'objet d'une inscription au Livre Foncier.

1. R.E., 5.903.

2. Inst. 2.324, *in fine*, R.E., 5.903.

Ce qui transforme totalement le caractère des promesses de vente unilatérales.

En droit français, elles ne créent que de simples obligations de faire ; la loi de 1924 leur donne, en Alsace et en Lorraine, le caractère d'acte créateur de droit réel au profit du bénéficiaire.

Elles deviennent donc opposables aux tiers qui acquerraient des droits sur l'immeuble entre la promesse et la levée d'option ¹.

§ 6. *La promesse d'échange. La promesse de bail*

Pour la promesse d'échange, il y aura lieu d'appliquer, par analogie, ce que nous avons dit pour la promesse de vente. Une seule différence provient des exceptions prévues par la loi pour les immeubles ruraux ².

Quant à l'acte par lequel le bailleur s'engage à proroger une location au gré du preneur, il serait en cas de transcription, c'est-à-dire lorsque la durée du bail dépasse 18 ans, assujetti à la taxe hypothécaire, sur la durée de la prolongation éventuelle ³.

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, « Vente », p. 299, N° 273. Schesselé, V° « Immeubles », dans *Répertoire de droit et de jurisprudence d'Alsace et Lorraine*.

2. Maguéro, V° « Hypothèques », N° 291.

3. Maguéro, V° « Hypothèques », N° 386-II.

CONCLUSION

Au cours de cette étude, nous nous sommes efforcé de rechercher tous les problèmes susceptibles de se poser, au point de vue fiscal, à propos des promesses de contrat. Pour chacun d'eux, nous avons indiqué la doctrine administrative et les solutions de la jurisprudence.

Nous croyons avoir atteint, de cette façon, le but principal que nous nous étions proposé.

En avançant dans ces recherches, les difficultés que nous pressentions se sont précisées. Elles se sont traduites par des désaccords entre l'Administration et les contractants, se révélant à nous par des procès suivis de décisions de jurisprudence.

Un enseignement paraît pouvoir en être dégagé.

Le plus grand danger se trouve dans l'interprétation des clauses ajoutées à la convention de promesse.

La promesse de vente, soit seule, soit jointe à un bail, nous a notamment fourni de nombreux exemples, dans lesquels, la qualification donnée par les parties, à leur convention, n'a pas été admise par le fisc ou par les tribunaux.

Aux lieu et place d'une simple promesse, le contrat lui-même s'est trouvé formé, entraînant avec lui toutes les conséquences fiscales que l'on connaît : perception immédiate d'un droit proportionnel et, s'il y a lieu, application des sanctions prévues par la loi.

D'autre part, certaines clauses ont été reconnues par l'Administration comme constituant de véritables promesses, susceptibles, par suite d'une acceptation ultérieure du bénéficiaire, d'entraîner, dans certains cas, la perception de droits proportionnels de mutation.

Le rédacteur d'un acte, évitant comme toujours les clauses ambiguës, devra se garder d'insérer dans les conventions qu'il est appelé à rédiger, les clauses génératrices de difficultés que nous avons pris soin de signaler.

Les contractants de bonne foi pourront, ainsi, éviter la désagréable surprise d'avoir à payer immédiatement des droits importants, sur les apparences d'une convention qu'ils n'avaient pas l'intention de réaliser de suite.

Du côté du fisc, le danger est grand aussi.

Les promesses de contrat ont été maintes fois employées par les fraudeurs pour tourner la loi, et l'agent de l'Administration, chargé de percevoir les droits d'enregistrement, se trouve souvent dans l'obligation de faire une interprétation très délicate des termes de l'acte qui lui est soumis, pour en dégager la véritable intention des parties.

Ainsi que nous l'avons remarqué, l'étude des promesses de contrat fait ressortir l'étroite relation qui existe entre le droit civil et le droit de l'enregistrement.

Les principes dominant la matière des contrats sont suivis pour la perception des droits sur les promesses.

Pour les contrats synallagmatiques, nécessité de l'accord de volonté des parties pour réaliser le contrat, et, par suite, pour motiver la perception du droit applicable en pareil cas.

Pour un contrat réel, comme le prêt, nécessité de la tradition de la chose prêtée.

La nature juridique du contrat s'est imposée au légis-

lateur, dans ce dernier cas. Elle explique parfaitement les dispositions légales concernant l'ouverture de crédit, et la nature du droit établi par la loi de 1871.

Nous croyons avoir démontré, contrairement à la théorie admise, qu'il s'agissait d'un droit spécial, dont les modalités d'application découleraient logiquement de la nature du contrat de prêt et du jeu de deux grands principes du droit fiscal :

La notion d'apparence et la règle « *non bis in idem* ».

La loi de 1930, elle-même, en dépit de sa nature spéciale, se trouve appliquée en notre matière pour déterminer, sous certaines conditions, la date de réalisation des promesses de vente des terrains lotis ou à lotir.

Ici encore, à défaut de dispositions légales, le droit civil domine le droit fiscal.

Nous avons pu, cependant, relever quelques dispositions législatives destinées à défendre le fisc contre certaines fraudes ; telle la loi du 13 juillet 1925 relative aux marchands de biens et à la cession des promesses de bail. Mais elles n'ont rien d'exorbitant, et ne vont pas à l'encontre des principes de droit auxquels il est dangereux de porter atteinte, même dans un but aussi légitime.

La cession de promesse de vente d'immeuble a créé de grosses difficultés, la Régie persistant, en dépit de nombreuses décisions de jurisprudence, dans sa volonté de percevoir, sur cette convention, le droit de mutation mobilière. Pour les renonciations extinctives, le désaccord était complet entre ses prétentions et la jurisprudence de la Cour de cassation.

Devant la persistance de cette jurisprudence, l'Administration vient, tout récemment, de modifier sa manière de voir et de conformer sa perception à ce qui nous

paraissait être la meilleure interprétation juridique de ces conventions.

Il resterait à formuler un souhait relatif à l'établissement d'une réglementation légale, concernant la transmission par décès des immeubles faisant l'objet d'une promesse de vente.

Dans bien des cas, par suite de la promesse consentie, la valeur de tels immeubles se trouve dépréciée. Si la promesse vient à être réalisée par les héritiers, il arrivera qu'ils ne toucheront, pour la vente de l'immeuble, qu'une valeur bien inférieure à la valeur vénale au jour du décès, sur laquelle ils auront acquitté les droits de mutation.

Il faudrait qu'une disposition légale permette au receveur, chargé de liquider les droits de succession, de tenir compte de la promesse existante, pour établir la valeur de l'immeuble transmis par succession, ou de restituer une partie des droits perçus, lorsque la promesse est réalisée après le décès du promettant.

Certaines injustices pourraient être ainsi évitées, ce qui, malgré leur évidence reconnue, s'avère impossible dans l'état actuel de notre droit.

Souhaitons que notre législateur porte, un jour prochain, son attention sur ce point, et qu'il trouve la solution réclamée par la plus élémentaire équité.

Vu, le Doyen :
Edgard ALLIX.

Vu, le Président :
Joseph HAMEL.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux :

- ALLIX et LECERCLE. — *Les droits d'enregistrement*, t. I.
- AMIAUD. — *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du Notariat*.
- CASSIN. — *Cours de la Faculté de Paris*.
- CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — *Traité des droits d'enregistrement*.
- Code de l'enregistrement*. — (Les citations sont faites d'après la codification du 27 décembre 1934).
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil*.
- Dictionnaire des droits d'enregistrement*.
- HAMEL. — *Cours de la Faculté de Paris*.
- « Ventes à tempérament et locations-ventes » (*Dalloz hebdomadaire*, 1930, *Chroniques*, p. 41)
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés civiles et commerciales et des associations*.
- Jurisclasseur de l'enregistrement*.
- MAGUÉRO. — *Traité alphabétique des droits d'enregistrement*, 2^e et 3^e éditions (Sauf indication contraire, les citations sont faites d'après la 3^e édition).
- *Code manuel de l'enregistrement*.
- *Répertoire de manutention*.
- NAQUET. — *Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement*.
- PILON. — *Principes et technique des droits d'enregistrement*.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*. Avec la collaboration de M. le Professeur Hamel, t. X, « De la vente, du louage ».
- Répertoire général de l'enregistrement* (Garnier).
- ROUAST. — *Cours de la Faculté de Paris* (Doctorat 1934).
- WAHL. — *Traité de droit fiscal*, t. II et III (Enregistrement).

II. Revues et périodiques.

- Contrôleur de l'enregistrement*.
- DALLOZ. — *Recueil périodique*.

DALLOZ. — *Recueil hebdomadaire.*

Gazette du Palais.

Journal de l'enregistrement et des domaines.

Journal des notaires et des avocats.

Journal du Notariat.

Revue de l'enregistrement.

Revue du notariat et de l'enregistrement.

Répertoire périodique de l'enregistrement.

SIREY. — *Recueil général.*

III. Thèses.

BOULARD. — *La promesse unilatérale de vente et sa réalisation dans la pratique*, Caen, 1927.

DEFAYE. — *Les promesses unilatérales de vente*, Paris, 1907.

DESCHAMPS. — *De la promesse de contrat*, Paris, 1914.

D'HOUDIN. — *De la promesse unilatérale de vente immobilière*, Paris, 1898.

FOISSIN. — *Des promesses de vente*, Toulouse, 1924.

GUILLIN. — *De la promesse unilatérale de vendre en droit Français*, Paris, 1889.

MAHOUDAU. — *Des promesses de vente*, Paris, 1886.

MOTAIS. — *Promesses de contracter*, Rennes, 1857.

RAVOIRE. — *Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal*, Montpellier, 1896.

THIRION. — *Le bail avec promesse de vente*, Nancy, 1930.

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations

INTRODUCTION	1
 PREMIÈRE PARTIE. — ÉTUDE DE LA PROMESSE DE CONTRAT	11
Chapitre préliminaire. — Considérations générales. Les sources ..	13
<i>Section I.</i> — Le Droit civil	13
<i>Section II.</i> — Le Droit fiscal	15
 Titre I. — Promesses ne constituant que des obligations de faire	19
Chapitre I. — Promesse de vente . Promesse d'achat. Promesse d'échange	19
<i>Section I.</i> — Le Droit commun des promesses de vente	20
§ 1. La promesse de vente d'immeubles	20
§ 2. La promesse de vente de meubles	42
§ 3. La promesse d'achat	44
§ 4. La promesse d'échange	45
<i>Section II.</i> — Exception au droit commun. Loi du 30 juillet 1930 ..	46
§ 1. Droit civil	46
§ 2. Droit fiscal	50
 Chapitre II. — Promesse de bail	53
 Chapitre III. — Promesse de société	54
<i>Section I.</i> — La promesse d'apport	54
<i>Section II.</i> — La promesse de société	56
 Titre II. — Promesse soumise à un régime fiscal particulier, promesse de prêt, ouverture de crédit	61
<i>Section I.</i> — Formation de la promesse	62
§ 1. Tarif.	62

§ 2. Explication. Nature du droit	63
§ 3. Perception. Cas particuliers.....	74
<i>Section II. — Réalisation de la promesse</i>	80
§ 1. Tarif. Cas particuliers	80
§ 2. Délai	86
§ 3. Preuve	87
§ 4. Restitution	88
§ 5. Surveillance de la réalisation	88
APPENDICE. — <i>Ouverture du crédit pour construire</i>	91
 DEUXIÈME PARTIE. — QUESTIONS DIVERSES SE RAPPORTANT A L'ÉTUDE DES PROMESSES DE CONTRAT	 93
Titre I. — Contestations sur la qualification des promesses de contrat	 95
Chapitre I. — Etude des diverses promesses	96
<i>Section I. — Promesse de vente</i>	98
A. Immeubles	98
a) Des clauses et conventions qualifiées promesses de vente par l'Administration	98
b) Des promesses qualifiées ventes par l'Administration Loi du 13 juillet 1925 (marchands de biens)	99
B. Meubles et droits sociaux : Des clauses et conventions qualifiées promesses de vente par l'Administration	107
<i>Section II. — Bail avec promesse de vente</i>	110
A. Meubles	113
B. Immeubles	114
C. Fonds de commerce	119
<i>Section III. — Sanctions. Droit en sus. Pénalités.....</i>	122
Chapitre II. — Modalités pouvant influencer sur la perception des droits	 126
<i>Section I. —</i>	
§ 1. Le délai d'acceptation	127
§ 2. La clause stipulant qu'il sera passé acte du contrat ...	128
§ 3. La clause stipulant qu'il sera passé acte authentique ..	129
<i>Section II. — Arrhes et débits</i>	130
A. Leur rôle dans la qualification	131
B. Droits perçus sur les stipulations d'arrhes et de débits et sur le versement constaté par acte séparé	135
APPENDICES I. Prescription.....	137
II. Promesses verbales	140
III. Pacte de préférence.....	142

Titre II. — Transmission des promesses	145
Chapitre I. — Les transmissions entre vifs	145
<i>Section I. — Les cessions de promesses</i>	145
§ 1. Les cessions de promesses unilatérales de vente d'immeubles	146
§ 2. Les cessions de promesses de bail d'immeubles	158
§ 3. Les cessions d'ouvertures de crédit	161
<i>Section II. — Les renonciations</i>	162
A. La renonciation translatrice	162
B. La renonciation extinctive	164
Chapitre II. — Les transmissions par décès	166
<i>Section I. — Promesse figurant à l'actif du de cujus</i>	167
<i>Section II. — Promesse figurant au passif du de cujus</i>	168
APPENDICE. — <i>La loi du 30 juillet 1930 et les mutations par décès</i>	173
Titre III. — Contrats accessoires et impôts annexes aux droits d'enregistrement	175
Chapitre I. — Les contrats accessoires	175
<i>Section I. — L'hypothèque</i>	176
<i>Section II. — Le cautionnement</i>	179
Chapitre II. — Les impôts annexes aux droits d'enregistrement ..	181
<i>Section I. — Le timbre</i>	181
<i>Section II. — L'impôt sur les intérêts des dépôts</i>	182
<i>Section III. — Le droit de transcription</i>	184
§ 1. La promesse de vente	184
§ 2. La réalisation de la promesse de vente	187
§ 3. La résiliation de la promesse de vente	188
§ 4. La renonciation à la promesse de vente	189
§ 5. Le régime d'Alsace-Lorraine	190
§ 6. La promesse d'échange, la promesse de bail	191
CONCLUSION	193
BIBLIOGRAPHIE	197
TABLE DES MATIÈRES	199

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)

